﴿ الجزء الثالث عشر من ﴾

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

باب البيوع الفاسدة

قال (واذا اشترى الرجل عدل زطى أوجراب هروى على أن فيه خمسين ثوبا بألف درهم فوجدفيه تسعة وأربعين ثوبا أو أحدا وخمسين ثوباًفالبيع فاسد) لانه انوجده أ كثر فانما يدخل فى البيع العددى المسمى من الثياب وذلك خمسون وهو مجهول لانه وجب على المشترى رد هذه الزيادة وهذه الزيادة مجهولة فيصير الباقى مجهولا وفى مثله لايجوز البيع مع الجهالة ألا ترى أنه لو اشترى مما فى العدل خمسين ثوباً لايجوز لانها تتفاوت فى المالية فالمشترى يطالب بخيار العدل والبائع يعطيه شرار العدل وكل جهالة تفضي الى المنازعة فهى مفسدة للعقد فان وجده أقل يفسدالعقد لجهالة الثمن لان المسمى من الثمن بمقابلة خمسين ثوباً فيقسم ذلك على قيمة الموجود والمعدوم ولا يدرى صفة المعدوم أنه كيف كان جيداً أووسطا أورديئا وباختلافه تختلف حصة الموجود فيفسدالعقد في الموجود لجهالة الثمن فالبيع بالحصة لاينعقد صحيحاً ابتداء فان كان سمى لكل ثوب عشرة دراهم فوجده أحداوخمسين ثوباً كان فاسداً أيضاًلان العاقد يتناول خمسين ثوباً فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولا أيضاً وان وجده تسعة وأربعين ثوباً وقد قبض أولم يقبض كان البيع جائزاً لان الموجودمعلوم والمسمى بمقابلة الموجودمن الثمن معلوم فيجوز البيع ويتخير المشترى لتفرق الصفقة عليه بنقصان ثوب مما سمى وله في عدد الخمسين مقصود لايحصل ذلك بما دونه فيتخيران شاء أخذكل ثوب بما سمى وان شاء ترك وأ كثر مشائخنا رحمهم يقولون بان هذا الجواب قولهما اما عند أبى حنيفة العقد فاسد كله لانه فسد بعضه بفساد قوى اذلا سبب لبطلان البيع أقوى من عدم المعقود عليه واستدلوا عليه بما ذكر في الزيادات ولو اشترى ثوبين على أنهماهرويان كل واحد منهما بثمن مسمى فوجد أحدهما مرويا فالعقد كله فاسد في قول أبى حنيفة رحمه الله فاذا كان فى الموضع الذى كان أحد الثوبين بخلاف جنس ماسمى

يفسد العقد كله ففى الموضع الذى لم يجد أحد ماسمى أصلا أولى أن يفسد العقد كله وهما فى المعنى سواء لان بطلان العقد عند اختلاف الجنس لانه عدم الجنس الذى سمى وقد تعلق العقد به كذا هنا (قال) رضي الله عنه والاصح عندى أن هذا قولهم جميعا لان أباحنيفة رحمه الله في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا لقبوله في الآخر وهذا لا يوجد هنا فانه ماشرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسئلة الزيادات فان هناك جعل قبول العقد فى كل واحد من الثوبين شرطا فى قبوله فى الآخر وهو شرط فاسد وهكذا الجواب فى كل عددى يتفاوت نحو ما اذا اشترى قطيعا من الغنم على أنها خمسون فوجده أزيد فالجواب على التقسيم الذى ذكرنا وفى المكيلات اذا اشترى صبرة من حنطة على أنها خمسون فانه يجوز العقد سواء سمى ثمن كل واحد من القفزان أولم يسم لان القفز ان مما لا تتفاوت فى نفسها فكانت حصة كل قفيز من الثمن معلومة *وكذلك* الوزنيات* وكذلك* فى العدديات المتقاربة نحو ما اذا اشترى عدل جوز على أنه خمسة آلاف فاذا هى أنقص أو أزيد فانه يجوز العقد لما ذكرنا واذا اشترى الرجل من الرجل عبدين صفقة واحدة بألف درهم فاذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما فكذا اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فظاهر لان الحر لا يدخل في العقد لان دخول الشيء فى العقد بصفة المالية والتقوم وذلك لا يوجد فى الحر فلو جاز العقد في العبد انما يجوز بالحصة والبيع بالحصة لا ينعقد ابتداء على الصحة لمعنى الجهالة كما لو قال اشتريت منك هذا العبد بما يخصه من الالف اذا قسم على قيمته وقيمة هذا العبد الآخر لجهالة الثمن كذلك هنا فان كان سمى لكل واحد منهما ثمنا بان قال اشتريتهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة فكذلك الجواب عند أبى حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله العقد جائز فى العبد بما سمى بمقابلته من الثمن *وكذلك* لو اشترى شاتين مسلوختين فاذا أحدهما ميتة أو ذبيحة مجوسى أو ذبيحة مسلم ترك التسمية عليها عمداً فان ذلك والميتة سواء عندنا (والجواب) على التفصيل الذى قلنا *وكذلك* اذا اشترى دنين من خل فاذا أحدهما خمر وهذا الجنس نظير ماسبق اذا أسلم كر حنطة فى شعير وزيت فطريقهما أن الفساد يقتصر على ماوجدت فيه العلة المفسدة وعند تسمية الثمن لكل واحد منهما قد انعدمت العلة المفسدة فيما هو مال متقوم منهما

وهذا لان أحدهما ينفصل عن الآخر فى البيع ابتداء وبقاء فوجود المفسد في أحدهما لا يؤثر في العقد على الآخر لان تأثيره فى العقد على الآخر إما باعتبار التبعية وأحدهما ليس بتبع للآخر أو باعتبار أنهما كشيء واحد وليس كذلك فكل واحد منهما ينفصل عن الآخر في العقد ألا ترى انه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد فى الآخر وذلك فيما اذا كان كل واحد منهما عبداً وانما يشترط قبول العقد فى أحدهما لقبول العقد فى الاخر اذا صح الايجاب فيهما حتى لا يكون المشترى ملحقا الضرر بالبائع في قبول العقد في أحدهما دون الآخر وذلك ينعدم اذا لم يصح الايجاب في أحدهما وصار هذا كما لو اشترى عبداً أو مكاتبا أو مدبرا فالبيع يفسد فى المدبر ويبقى العقد على العبد صحيحا * كذلك * هنا وأبو حنيفة يقول البائع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط فى قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد فى الاخر بدليل أن المشترى لا يملك قبول العقد فى أحدهما دون الآخر واشتراط قبول العقد في الحر فى بيع العبد شرط فاسد والبيع يبطل بالشرط الفاسد (وقولهما) أن هذا عند صحة الايجاب (قلنا) عند صحة الايجاب فيما يكون هذا شرطا صحيحا ونحن انما ندعى الشرط الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما فى كلامه لاعتبار وجود المحلية فيهما وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف فى فصل من هذا الجنس الى قول أبي حنيفة وهو مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه فى تلك المسئلة على رجوعه فى جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح فاذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو اشتري جاريتين فاذا أحدهما أم ولد جاز البيع في الآخر سواء سمى لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم وعند زفر لا يجوز لان الايجاب في المدبر والمكاتب وأم الولد فاسد لماثبت لهم من حق العتق وقد جعل ذلك شرطا لقبول العقد فى الفرق بينهما فيفسد العقد كما فى مسئلة الحر وجه قولهما ان كل واحد منهما دخل في العقد لان دخول الآدمى فى العقد باعتبار الرق والتقوم وذلك موجود فيهما ثم استحق أحدهما نفسه فكان بمنزلة ما لو استحقه غيره بان باع عبدين فاستحق أحدهما فهناك البيع جائز فى الآخر سواء سمى لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم يوضحه أن البيع فى المدبر ليس بفاسد على الاطلاق بدليل جواز بيع المدبر من نفسه فانه اذا باع نفس المدبر من نفسه يجوز وبدليل أن القاضي اذا قضى بجواز بيع المدبر ينفذ قضاؤه وكذلك المكاتب فان بيعه من نفسه جائز ولو باعه

من غيره برضاه جاز في أصح الروايتين والذى روى فى النوادر عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله بخلاف هذا غير معتمد عليه وكذلك بيع أم الولد من نفسها جائز ولو قضي القاضى بجواز بيعها نفذ قضاؤه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ولم ينفذ عند محمد لأن عنده اجماع التابعين رحمهما الله على فساد بيعها يرفع الخلاف الذى كان فى عهد الصحابة رضوان الله عليهم فان هذه المسئلة كان مختلفا فيها في الصدر الاول فكان عمر رضى الله عنه يقول بأن بيع أم الولد لا يجوز وعلي رضى الله عنه كان يقول بانه يجوز ثم من بعدهم من السلف رحمهم الله اتفقوا علي أن بيع أم الولد لا يجوز . والحاصل أن الاجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لا يرفع وعند محمد يرفع وقضاء القاضى بخلاف الاجماع لا ينفذ وعندهما ليس لاجماع التابعين رحمهم الله من القوة ما يرفع الخلاف الذى كان بين الصحابة رضوان الله عليهم فكان هذا قضاء فى فصل مجتهد فيه فاذا ثبت أن المحل قابل للبيع حتى نفذ قضاء القاضى فيه وقضاء القاضى لا ينفذ في غير محله عرفنا انه دخل في العقد ثم خرج فصار كما لو خرج بالهلاك قبل القبض فيبقى العقد صحيحا في الآخر حتى اذا كان قبضهما لزم البيع فى القن بحصة من الثمن وكذلك ان كان عالما بذلك وقت البيع وان لم يكن عالما به وقت البيع ولكن علم بذلك بعد القبض كان له أن يرد القن منهما لتفرق الصفقة قبل التمام فان خيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب فانما يثبت اذا لم يكن معلوما له واذا نظر الى ابل أو غنم أو الى رقيق أو الى عدل زطي أو جراب هروى فقال قد أخذت كل واحد من هذا بكذا ولم يسم جماعتها فالعقد فاسد عند أبى حنيفة فى الكل وعندهما جائز في الكل وهذا لان الاصل عند أبى حنيفة أنه متى أضاف كلمة كل الى ما لا يعلم منتهاه فانما يتناول أدناه وهو الواحد كما لو قال لفلان على كل درهم يلزمه درهم واحد . قال (واذا أجر داره كل شهر لزم العقد فى شهر واحد) عند أبى حنيفة فاذا اشترى صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم عند أبى حنيفة يجوز العقد فى قفيز واحد وعندهما يجوز فى الكل واذا كفل بنفقة امرأة عن زوجها كل شهر فانما يلزمه ذلك فى شهر واحد عند أبى حنيفة وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشاره اليه فأما فيما يعلم جملته بالاشارة فالعقد يتناول الكل كما لو كان معلوم الجملة بالتسمية لان الاشارة أبلغ في التعريف من التسمية اذا عرفنا هذا فنقول هنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد فى الكل عندهما ولا جهالة فى ثمن كل واحد

منهما والجهالة التى فى جملة الثمن لا تفضى الى المنازعة فانها ترفع بعد المشار اليه وعند أبى حنيفه لما لم يكن العدد معلوماً عند العقد فانما يتناول العقد واحدا من الجملة وبيع شاة من القطيع لا يجوز لانها متفاوتة واذا كانت العبرة للاشارة فثمن جميع ما أشار اليه مجهول عند العقد وجهالة مقدار الثمن تمنع صحة العقد وما هو شرط العقد اذا انعدم عند العقد يفسد العقد ولا يمكن اعتبار ايجابه فى الثانى كشرط الشهود في النكاح وعلى هذا لو باع صبرة حنطة كل قفيز منها بدرهم ولم يسم عدد الجملة الا ان أبا حنيفة (قال) هناك العقد جائز فى قفيز واحد فانه اذا اشتري قفيزا من الصبرة جاز بالاجماع فان القفز ان لا تتفاوت بخلاف الغنم فان علم مبلغ الجملة بعد الافتراق لا ينقلب العقد جائزا لان المفسد قد تقرر بالافتراق عن المجس قبل ازالته وان كان ذلك قبل أن يفترقا كان العقد استحسانا لان حالة المجلس جعلت كحالة العقد ولكن يتخير المشترى لتنكشف الحالة له الآن فان شاء أخذ الكل بجميع الثمن وان شاء تركه لان مقدار مايلزمه من الثمن انما يصير معلوما له الآن فيتخير لاجله وكذلك لو اشترى دارا كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان فهو علي هذا الخلاف فعند أبى حنيفة العقد يفسد في الكل لان قيمة الذرعان تتفاوت فى مقدم الدار ومؤخرها فلا يمكن تصحيح العقد في ذراع منها وكذلك الثوب والخشب ولو اشترى ذراعا من عشرة أذرع من هذه الدار عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز العقد لان ماسمي عبارة عن عشر الدار بمنزلة قوله سهم من عشرة أسهم أوجزء من عشرة أجزاء وعند أبى حنيفة لا يجوز لان الذراع اسم لموضع معلوم يقع عليه الذراع وذلك يتفاوت موضعه من الدار بخلاف السهم والجزء وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه اذا اشترى ذراعا من هذه الدار بكذا يجوز العقد وان لم يقل من كذا ذراعا ثم يذرع الدار فان كانت عشرة أذرع فله العشر بخلاف ما لو اشترى سهما من الدار ولم يقل من كذا سهما لان تلك الجهالة لايمكن ازالتها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة أسهم العشر وفى الذراع يمكن ازالة الجهالة بأن يذرع جميع الدار فيصير الجزء المسمى فى العقد معلوما به واذا اشترى غنما أوبقرا أوعدل زطى كل اثنين منها بعشرة فهو باطل لان ثمن كل واحد غير معلوم فانه يضم الى كل واحد آخر فيقسم العشر على قيمتهما ولايعرف كيفية الضم أنه يضم الجيد الى الجيد أو الردئ الى الردئ أو الى الوسط فيبقى ثمن كل واحد مجهولا وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة فانه اذا وجد بثوب عيبا بعد القبض

يرد المعيب خاصة وتمكن المنازعة بينهما فى ثمنه وكذلك اذا هلك أحدهما قبل القبض واستحق أو تقايلا العقد فى ثوب واحد فعرفنا أن هذه الجهالة تفضي الى المنازعة فيفسد العقد بها واذا اشترى عدل ظى بقيمته فالبيع فاسد لجهالة الثمن عند العقد والقيمة ماتظهر عند تقويم المقومين وذلك مجهول عند العقد ويختلف المقومون في التقويم أيضاً ثم ماسميا تفسير العقد الفاسد لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد مضمون بالقيمة فقد نصا على ماهو حكم العقد الفاسد وكذلك ان قال بحكمه لان مايحكم به مجهول الجنس والقدر والصفة ويتمكن بسببه منازعة وله أن يرجع عن تفويض الحكم اليه وان لم يرجع حتى مات أحدهما بطل ماله من الحكم و بقى الثمن مجهولا *وكذلك* لوقال بألف درهم ويحلف يمينه فالبيع فاسد (قيل) معنى هذا ان المشترى كان ساومه بألف فحلف البائع أن لا يبيعه بألف فاشتراه بألف وزيادة بقدر مايبر به البائع فى يمينه وتلك الزيادة مجهولة الجنس والقدر والصفة وقيل بل معناه أن البائع كان حنث فى يمينه وكان تهمة تكفره فاشتراه منه بألف وما يكفر به البائع يمينه وهذا أيضا مجهول لان التكفير يكون بالاعتاق تارة وبالكسوة أخرى وبالاطعام تارة وضم المجهول الى المعلوم يوجب جهالة الكل وجهالة الثمن مفسدة للبيع واذا اشتراه بألف درهم الا دينارا أو بمائة دينار الا درهما أو بألف درهم الاقفيز حنطة أو الاشاة فالبيع فاسد لان المستثنى اذا كان من غير جنس المستثنى منه فانما يستثنى من المستثنى بالقيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا يتيقن به وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه يوضحه أن الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء وما وراء المستثنى من الالف مجهول فالبيع بالثمن المجهول فاسد وان (قال) قد أخذته منك بمثل ما يبيعه الناس كان فاسدا أيضا لان المستثنى مجهول الجنس والقدر والصفة والناس فى المبايعة يتفاوتون فمن بين مسامح ومستقصى واذا فسد البيع فان قبضه وهلك عنده فعليه مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد بمنزلة المغصوب أو المقبوض على سوم الشراء فى حكم الضمان ولو قال أخذته منك بمثل ماأخذبه فلان من الثمن فان كان ذلك معلوما عندهما وقت العقد فهو جائز والا كان العقد فاسداً فان علم ذلك قبل أن يتفرقا جاز العقد ويتخير المشترى لان حالة المجلس كحالة العقد ولكن انما يكشف الحال للمشترى اذا علم مقدار ما أخذبه فلان رضاه به قبل ذلك لايكون تاماً فلهذا يتخير بين الاخذ والترك واذا عقد

العقد على انه الى أجل كذا بكذا وبالنقد بكذا أو (قال) الى شهر بكذا أو الي شهرين بكذا فهو فاسد لانه لم يعاطه علي ثمن معلوم ونهى النبي صلي الله عليه وسلم عن شرطين في بيع وهذا هو تفسير الشرطين فى بيع ومطلق النهى يوجب الفساد فى العقود الشرعية وهذا اذا افترقا على هذا فان كان يتراضيان بينهما ولم يتفرقا حتى قاطعه على ثمن معلوم وأتما العقد عليه فهو جائز لانهما ماافترقا الا بعد تمام شرط صحة العقد. قال (ومن اشترى شيئا فلا يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه ولا يوليه أحدا ولا يشرك فيه) لان التولية تمليك ماملك بمثل ماملك والاشراك تمليك نصفه بمثل ماملك به والكلام فى بيع المبيع قبل القبض فى فصول أحدها في الطعام فانه ليس لمشترى الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض وكذلك ماسوى الطعام من المنقولات لا يجوز بيعه قبل القبض عندنا (وقال) مالك رضي الله عنه يجوز لأن النبى صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالذكر عند النهى فذلك دليل علي أن الحكم فيما عداه بخلافه والا فليس لهذا التخصيص فائدة وحجتنا ما روى عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما لم يقبض (وقال) صلى الله عليه وسلم لعتاب بن أسيد حين وجهه الى مكة قاضيا وأميرا سر الى أهل بيت الله وانههم عن بيع مالم يقبضوا وكلمة ما للتعميم فيما لا يعقل ثم تخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه قال الله تعالى (فلا تظلموا فيهن أنفسكم) وذلك لا يدل علي أنه يجوز ذلك فى غير الاشهر الحرم كيف وراوى هذا الحديث ابن عباس رضى الله عنهما (وقال) بعد روايته وأحسب كل شي مثله والكلام فى هذه المسئلة ينبنى على أصل وهو أن عند مالك فيما سوى الطعام البيع لا يبطل بهلاك المعقود عليه قبل القبض وعندنا يبطل لفوات القبض المستحق بالعقد كما في الطعام فلتوهم الغرر فى الملك المطلق للتصرف (قلنا) لا يجوز تصرفه قبل القبض أو لعجزه عن التسليم بحبس البائع اياه لحقه والاجارة فى ذلك كله كالبيع وأما الهبة والصدقة فى المبيع قبل القبض لا يجوز عند أبي يوسف (وقال) محمد رحمه الله كل تصرف لا يتم الا بالقبض فذلك جائز فى المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فيقبضه لان تمام العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائد عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه ملزم بنفسه وقاس بهبة الدين من غير من عليه الدين فانه يجوز اذا سلطه علي قبضه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يقسم

يمنع تمام الهبة دون البيع ثم بيع المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لعين ما لكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى لان الهبة في استدعاء الملك أقوى من البيع حتى يجوز البيع من المأذون والمكاتب دون الهبة ثم المبيع قبل القبض ليس محل التمليك من غيره ألا ترى أنه لا ينفذ البيع فيه وان أجازه البائع فكان هذا بمنزلة عين مملوله أيضا كالصيد في الهواء وذلك لا يجوز ايجاب البيع والهبة فيه فهذا مثله وأما بيع العقار قبل القبض يجوز في (قول) أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله ولايجوز في قوله الاول وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وبيع العقار قبل القبض بأكثر مما اشترى فيه ربح ما لم يضمن والمعنى فيه انه باع المبيع قبل القبض فلا يجوز كما في المنقول وتأثيره أن ملك التصرف يستفاد بالقبض كما أن ملك العين يستفاد بالعقد ثم العقار والمنقول سواء فيما يملك به العين وهو العقد فكذلك فيما يملك به التصرف أو لان السبب وهو البيع لا يتم الا بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقد العقار والمنقول سواء يوضحه أن قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والعقار في هذا كالمنقول حتى اذا استحق أو تصور هلاكه فهلك سقط الثمن ولان القدرة على التسليم شرط لجواز البيع في العقار والمنقول جميعا وذلك بيده أو يد نائبه ويد البائع الاول ليست بنائبة عن يده فلا تثبت قدرته على التسليم باعتبارها وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض وانما (قلنا) ذلك لان المطلق للتصرف الملك دون اليد ألا ترى انه لو باع ملكه وهو في يد مودع أو غاصب وهو مقر له بالملك كان البيع جائزا الا أنه اذا بقي في الملك المطلق للتصرف غرر يمكن الاحتراز عنه فذلك يمنع جواز التصرف لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي المنقول قبل القبض في الملك غرر لان بهلاكه ينتقض البيع ويبطل ملك المشترى فاذا قبضه انتفى هذا الغرر ولا يبقى الا معنى الغرر بظهور الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه وفي العقار قبل القبض ليس في ملكه الا غرر الاستحقاق لانه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به وانتفاء الغرر لعدم تصور سببه أصلا يكون أبلغ من انتفاء الغرر اذا تصور سببه ولم يعمل وانما يتصور الغرر فيه من حيث الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه والدليل عليه ان

التصرف فى الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فى الملك وكذلك التصرف في المهر قبل القبض يجوز عندنا لانعدام الغرر فى الملك فان بالهلاك لايبطل ملكها ولكن على الزوج قيمته لها وأصحاب الشافعى يختلفون فى ذلك فمنهم من يقول التسمية تبطل بهلاك الصداق قبل القبض فعلى هذا يقولون لا يجوز التصرف لبقاء الغرر فى الملك ومنهم من يقول لا تبطل التسمية وعلي الزوج القيمة وعلى هذا يقولون يجوز التصرف في الصداق قبل القبض فعرفنا ان الاصل ماقلنا والدليل عليه ان التصرف الذى لايمتنع بالغرر نافذ فى المبيع قبل القبض وهو العتق والتزويج وبه يتبين فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق فى استدعاء ذلك تام في المحل فوق البيع ثم يجوز فى المبيع قبل القبض وما يقولون من انه يدخل فى ضمان المشترى بالقبض قلنا شرط ثبوت الملك بالتصرف فى المحل أصل الملك دون الضمان بدليل جواز التصرف فى الموهوب بعد القبض وكذلك القدرة علي التسليم كما يثبت بيد غيره اذا لم يمنعه والحديث عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله علي المنقول بدليل ماقلنا والدليل عليه انحق الشفعة يثبت للشفيع قبل القبض والشفيع يتملك ببدل فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لما ثبت للشفيع حق الأخذ قبل القبض الا ان حق الشفيع مقدم على حق المشترى فلا يمكن أن يجعل قائما مقامه فلهذا يبطل بأخذه ملك المشترى ويكون عهدته على البائع بخلاف المشترى الثانى يوضحه ان المبيع فى مكانه الذى يقبضه فيه يتعين فيجوز تصرفه فيه كما بعد قبضه بالتخلية وبخلاف المنقول فانه لايدرى في أى مكان يقبضه مالم يقبضه ولا يدخل علي شئ لما ذكرنا ان التصرف فى المسلم فيه قبل القبض لانا بما قررنا أثبتنا الملك المطلق للتصرف دون سائر الشروط فمن الشرائط فى المبيع العينية وجواز السلم رخصة بخلاف القياس ومن الشرائط الكيل فيما اشتراه مكايلة فلا يجوز التصرف فيه قبل أن يكيله وان كان قبضه. قال (رجل باع عبداً آبقا فهو باطل) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه عاجز عن تسليمه والمالية في الآبق ثاوية فهو كالمعدوم حقيقة فى المنع من البيع حتى أنه وان عاد من إباقه لا يتم ذلك العقد لانه لم يصادف محله بمنزلة مالو باع الطير فى الهواء ثم أخذه الا رواية عن محمد فانه يقول الملك والمالية بعد الأباق باق حقيقة والمانع كان هو العجز عن التسليم فاذا زال صار كان لم يكن

كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة. قال (ولو باع جارية كان قد اعتق مافي بطنها أوباعها واستثنى مافى بطنها فهذا فاسد لايجوز) وقد بينا هذا الفصل فى كتاب الهبة. قال (ولو باع عبداً مغصوبا فالبيع موقوف فان جحده الغاصب ولم يكن للمغصوب منه بينة لم يجز البيع) لانه عقد غير مقدور التسليم للعاقد ولان الملك تأوى في حقه وجواز بيعه باعتبار الملك. قال (وان أقر به فان سلمه اليه تم البيع) لان ملكه قائم في المحل باقرار الغاصب والقدرة على التسليم ثابتة حين سلمه الغاصب فان لم يسلمه الغاصب حتى تلف انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد بمنزلة مالو كان فى يد البائع فهلك قبل أن يقبضه المشترى فان (قيل) قد وجبت القيمة على الغاصب والمبيع اذا فات وأخلف بدلا يبقى البيع كالو قتله أجنبي قبل القبض (قلنا) هذا اذا وجب البدل بسبب بعد البيع حتى يجعل قيام البدل كقيام الاصل فى ابقاء حكم البيع فيه وهنا القيمة تجب فى الغصب السابق علي البيع بدليل أنه يعتبر قيمته وقت الغصب ولو تعينا البيع باعتباره كان هذا اثبات حكم البيع فى القيمة ابتداء. وكذلك لو كان العبد رهنا فباعه الراهن وأبا المرتهن أن يجبره لم يجز البيع وهو موقوف لان الراهن عاجز عن التسليم فان حق المرتهن فى الحبس لازم ثم فى موضع يقول بيع المرهون فاسد وفي موضع يقول جائز والصحيح ماذكره هنا أنه موقوف وتأويل قوله فاسد يفسده القاضى اذا خوصم فيه وطلب المشترى التسليم اليه ومنع المرتهن ذلك فتأويل قوله جائز اذا اجتازه المرتهن وسلمه اليه واذا لم يجز المرتهن وفسخه ففيه روايتان ففى احدى الروايتين ينفسخ البيع حتى لو افتكه الراهن فلا سبيل للمشترى عليه لان حق المرتهن بمنزلة الملك ومن باع ملك الغير فان أجازه المالك تم البيع وان فسخ انفسخ فهذا مثله وفي أصح الروايتين لاينفسخ بفسخه حتى لوصبر المشترى حتى افتكه الراهن كان له أن يأخذه ولفظ الكتاب يدل عليه فانه (قال) بعد إباء المرتهن وهو موقوف وهذا لان المرتهن لاحق له في هذا العقد حتى اذا أجازه كان المشترى متملكا على الراهن لا على المرتهن بخلاف المالك فان هناك اذا أجاز العقد كان المشترى متملكا عليه فكانت له ولاية الفسخ وهنا للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس الى أن يصل اليه دينه وليست له ولاية فسخ العقد انما كان ذلك الى القاضى اذا خوصم وعجز البائع عن التسليم فانه يفسخ البيع لقطع المنازعة فما لم يوجد ذلك كان البيع موقوفا. قال (رجل باع سمكا محصوراً فى أجمة فالبيع باطل) وقال ابن أبى ليلى هو جائز اذا كان قدأخذه

ثم أرسله في الاجمة لان بارساله لا يزول ملكه وان كان لا يتمكن من أخـذه الا بالصيد ولكننا نستدل بما روى عن ابن عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما أنهما قالا لا تبيعوا السمك فى الماء فانه غرر ثم ان كان لم يأخـذه فقد باع ماليس بمملوك له والتمليك لا يسبق الملك فهو كبيع الطير في الهواء وان كان قـد أخـذه ثم أرسله فهو آبق في الماء فبيعه كبيع الآبق وأنه لا يقدر على تسليمه الا با كتساب سبب يثبت ابتداء الملك به وهو الاصطياد فكان هذا فيمعنى الاول. قال (وان كان فى وعاء أوجب يقدر عليه بغير صيد فبيعه جائز) عندنا لبقاء ملكه وقدرته على التسليم من غير صيد والمشترى بالخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز بيعه وأصـله شراء ما لم يره وبيانه يأتى ان شاء الله تعالى. قال (وان كان فى بركة يمكن أخذه من غير صـيد) فان كان أخذه ثم أرسله فيها فهو كالجب وان لم يأخـذه ولكنه دخل مع الماء فان سد موضع دخول الماء حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار آخذاً له بمنزلة مالو وقع فى شبكة فيجوز بيعه وان لم يفعل ذلك لم يجز بيعه لانه لا يملك السمك بدخوله فى البركة ما لم يأخذه ولم يوجد منه الاخذ لا حقيقة ولا حكما. قال (واذا اشترى فصاً على أنه ياقوت فاذا هو غير ذلك فالبيع فاسد) والاصل فى هذا الجنس ان من جمع في كلامه بين الاشارة والتسمية فان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالبيع باطل لان انعقاد العقد بالتسمية فانما ينعقد على المسمى وهو معدوم وان كان المشار اليه من جنس المسمى فالبيع جائز لان التسمية تتناول ماوقعت الاشارة اليه فكانت الاشارة من يده مؤيدة للتسمية فينعقد العقد بالمشار اليه وهو مال الا أنه ان كان المشار اليه دون المسمي فللمشترى الخيار لفوات شرطه كما لو اشـترط فى العبد على أنه كاتب فوجده غير كاتب اذا ثبت هذا فنقول ان كان المشار اليه زجاجاً فالبيع فاسد لانعدام المجانسة وان استهلكه المشترى فعليـه قيمته لانه استهلك ملك الغير بغير اذنه وان سمى يقوتا أحمر والمشار اليه أصفر فالبيع جائز وللمشترى الخيار لفوات صفة مشروطة وكذلك لو اشترى ثوبا على انه هروى فاذا هو من صنف آخر فهو فاسد لان الثياب أجناس مختلفة ولو اشترى شخصا على أنه عبد فاذا هو جارية فالبيع فاسد عندنا و(قال) زفر جائز وللمشترى الخيار لان بنى آدم جنس واحد ذكورهم وأناثهم كسائر الحيوان ولو اشترى بقرة على أنها أنثى فاذا هى ثور كان البيع جائزاً وكذلك الابل والبقر والغنم فكما يتفاوت المقصود هنا فى بنى آدم بين الذكور والاناث يتفاوت هناك يوضحه

انه لو اشترى عبداً على أنه تركى فاذا هو رومى أو سندى جاز البيع وبينهما تفاوت فيما هو المقصود وهو المالية وحجتنا في ذلك ان الذكور والاناث من بنى آدم في حكم جنسين لان ماهو المقصود بأحدهما لا يحصل بالآخر فالمقصود بالجارية الاستفراش والاستيلاد وشيء من ذلك لا يحصل بالغلام فكان التفاوت بينهما فى المقصود أبلغ من التفاوت بين الحنطة والشعير وبين الهروى والمروى من الثياب وبه فارق سائر الحيوانات لان ماهو المقصود بالعين فيهما لا يتفاوت في الذكور والاناث وذلك اللحم أو الانتفاع من حيث الركوب أو الحمل عليه وانما التفاوت فى صفة المقصود لا فى أصله فكان جنسا واحداً كذلك ذكر فى الاصل والله أعلم

باب البيوع اذا كان فيها شرط

قال (اذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد عندنا) وقال ابن أبى ليلى البيع جائز والشرط باطل و (قال) ابن سيرين البيع جائز والشرط صحيح وحكى عن عبد الوارث بن سعيد قال حججت فدخلت بمكة على أبى حنيفة وسألته عن البيع بالشرط (فقال) باطل فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبى ليلي وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط باطل فدخلت على ابن سيرين وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط جائز فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا على فى هذه المسئلة كل الاختلاف فعجزنى أن أسأل كل واحداً منهم عن حجته فدخلت على أبى حنيفة فأعدت السؤال عليه فأعاد جوابه فقلت ان صاحبيك يخالفانك فقال لا أدرى ماقالا حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فدخلت على ابن أبى ليلى فقلت له مثل ذلك فقال لا أدرى ماقال (حدثنى) هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها لما أرادت أن تشترى بريرة رضي الله عنها أبى مواليها الا بشرط أن يكون الولاء لهم فذكرت ذلك لرسول الله صلي الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه سلامه اشترى واشترطى لهم الولاء فان الولاء لمن أعتق ثم خطب رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل كتاب الله أحق وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق فدخلت علي ابن شبرمة

وقلت له مثل ذلك فقال لا أدرى ما قالا (حدثنى) محارب بن دثار عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله الانصارى رضي الله تعالى عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة فى بعض الغزوات وشرط له ظهرها الى المدينة والصحيح مااستدل به أبو حنيفة فانه حديث مشهور ومطلق النهى يوجب فساد المنهى عنه فأما حديث هشام بن عروة فقد (قال) أبو يوسف أوهم هشام بن عروة ماقال رسول الله صلي الله عليه وسلم اشترطى لهم الولاء لان هذا أمر بالغرور ولا يظن برسول الله صلي الله عليه وسلم ذلك ولو صح فتأويله اشترطى الولاء عليهم واللام تذكر بمعنى على قال الله تعالى (أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار) أومعناه أعلميهم معنى الولاء فالاشتراط فى اللغة الاعلام ومنه أشراط الساعة قال القائل

فاشـرط فيها نفسه وهو معصم والـقى باسبـاب له وتوكلا

أى جعل نفسه علما لذلك الامر وتأويل (حديث) جابر رضى الله تعالى عنه ان ذلك لم يكن شرطاً فى البيع على أن ماجرى بينهما لم يكن بيعا حقيقة وانما كان ذلك من حسن العشرة والصحبة فى السفر والدليل عليه قصة الحديث فان جابراً رضى الله تعالي عنه (قال) كانت لى ناقة ثفال فقامت علي فى بعض الطريق فأدركنى رسول الله صلى الله عليه وسلم (فقال) مابالك ياجابر فقلت جرى أن لا يكون لي الا ناقة ثفال فنزل رسول الله صلى الله عليه وسـلم عن راحلته فدعا بماء ورشه فى وجه ناقتى ثم قال اركبها فركبتها فجعلت تسبق كل راحلة (الحديث) الا أن قال أتبيعنى ناقتك باربعمائة درهم فقلت هى لك يارسول الله ولكن من لي بالحمل الى المدينة (فقال) صلى الله عليه وسلم لك ظهرها الى المدينة فاشتراها رسول الله صلى الله عليـه وسلم باربعمائة درهم فلما قدمت المدينة جئت بالناقة الى باب المسجد ودخلت المسجد (فقال) رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الناقة قلت بالباب (فقال) صلواة الله عليه جئت لطلب الثمن فسكت فأمر بلالا رضى الله تعالى عنه فأعطانى أربع مائة درهم (فقال) صلي الله عليه وسـلم خذها مع الناقة فيما لك بارك الله لك فيهما وبهذا يتبين انه لم يكن بينهما بيع ثم الشرط فى البيع على أوجه اما أن يشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى في المبيع أوشرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع فالبيع جائز لان هـذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيده الا وكادة وان كان شرطا لايقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضا كما لواشترى نعلا وشرا كا بشرط أن يحذوه البائع لان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ولان فى النزوع عن

العادة الظاهرة جرحاً بينا وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر . قال (فان كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين فالبيع فاسد) لان الشرط باطل فى نفسه والمنتفع به غير راض بدونه فتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلهذا فسد به البيع وكذلك ان كان فيه منفعة للمعقود عليه وذلك نحو ما بينا انه اذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه فان العقد يعجبه أن لا تتناوله الايدى وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطل فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين . قال (وان لم يكن فيه منفعة لاحد فالشرط باطل والبيع صحيح) نحو ما اذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط أن لا يبيع لانه لا مطالب بهذا الشرط فانه لا منفعة فيه لأحد وكان لغواً والبيع صحيح الا في رواية عن أبي يوسف (قال) يبطل به البيع نص عليه في فى آخر المزارعة لان فى هذا الشرط ضرراً على المشترى من حيث أنه يتعذر عليه التصرف فى ملكه والشرط الذى فيه ضرر كالشرط الذى فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولكنا نقول لا معتبر بعين الشرط بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة فى الشرط دون الضرر . قال (واذا اشترى عبداً على انه يعتقه فالبيع فاسد) وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أن البيع جائز بهذا الشرط وهو قول الشافعى لحديث بريرة رضي الله عنها فانها جاءت الي عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة (قالت) ان شئت عددتها لاهلك واعتقك فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لها ولان الشراء بشرط الاعتاق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف فى الوصايا وغيره وتفسيره البيع بشرط العتق ولان العتق فى المبيع قبض حتى اذا أعتق المشترى المبيع قبل القبض صار قابضا والقبض من أحكام العقد فاشتراطه فى العقد يلائم العقد ولا يفسده وحجتنا في ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولان فى هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به فى العقد كما لو شرط ان لا يبيع يوضحه انه لو شرط فى الجارية ان يستولدها أوفى العبد ان يدبره كان العقد فاسداً فاذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع فاشتراط حقيقة العتق أولى ودعواه أن هذا الشرط يلائم العقد لامعنى له فان البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملاءمة ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد وبيع العبد لسمة

لا يكون بشرط العتق بل يكون ذلك وعداً من المشتري ثم البيع بعقد مطلقا وهو تأويل حديث عائشة رضى الله عنها فانها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى هي بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بغير رضاها فان استهلكه المشترى فعليه قيمته لانه قبضه بعقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر رد العين وان أعتقه فعليه الثمن المسمى فى قول أبي حنيفة استحسانا* وفى قولهما عليه قيمته وهو القياس لانه قبضه بعقد فاسد وقد تعذر رده باعتاقه فيلزمه قيمته كما لو تعذر بيعه أو استهلاكه بوجه آخر يوضحه انه لو اشتراها بشرط التدبير أو الاستيلاد كانت مضمونة عليه بالقيمة اذا تعذر ردها ثان وفى بذلك الشرط فكذا اذا اشترى بشرط العتق اعتبارا الحقيقة الحرمة بحقيقة العتق وأبو حنيفة استحسن فقال زال المفسد قبل تقرره فيجب الثمن كما لو اشتراه بأجل مجهول ثم أسقطه قبل مضيه وبيان ذلك أن الحكم بفساد هذا العقد كان لمخافة أن لا يفي المشترى بالعتق وليكون فى الاقدام على التصرف فى ملكه مختاراً غير مجبر عليه وقد زال هذا المعنى حين أقدم على اعتاقه مختاراً وحقيقة المعنى فيه أن هذا الشرط لا يلائم العقد بنفسه ولكن يلائم العقد بحكمه لان العتق ينهى الملك فان الملك فى بنى آدم ثابت الي العتق فيكون العتق منهيا له وانهاء الشيء يقرره ولهذا لو اشترى عبداً فاعتقه ثم اطلع على عيب به رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باعه والدليل عليه ان شراء القريب اعتاق على معنى انه متمم عليه العتق وهى الملك فكان هذا الشرط ملائما بحكمه للعقد وبصورته غير ملائم لان الانسان لا يجبر علي انهاء ملكه بالعتق وبالشرط يجبر عليه فلا يحكم بفساد العقد علي الثبات ولكنه موقوف فان استهلكه بوجه آخر يتقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم وان أعتقه تتقرر صفة الجواز باعتبار الملائمة بحكم العقد وهو انهاء الملك به فيلزمه الثمن المسمى وانما سماه استحسانا لمعنى التوقف فيه في الابتداء ومخالفة صورته معنى بخلاف شرط الاستيلاد والتدبير فالملك به لا ينتهى ومعنى الملائمة باعتبار انهاء الملك به فلهذا تتعين صفة الفساد هناك وفى بالشرط أو لم يف. قال (واذا اشتراه على أن يقرض له قرضا أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على ان يبيعه بكذا وكذا من الثمن فالبيع في جميع ذلك فاسد) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين فى بيعة وكل شيء فسد فيه البيع فالمشترى اذا استهلكه فهو ضامن لقيمته بالغة ما بلغت لان الضمان الاصلى فى البيع ضمان القيمة ولهذا كان المقبوض على سوم المبيع مضمونا بالقيمة

وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء وانما يتحول من القيمة الى المسمى عند صحة السبب وتمامه فاذا فسد السبب بقي الضمان الاصلي كما اذا كان البيع بالخيار فان البيع يكون مضمونا على المشترى بالقيمة لعدم تمام السبب. قال (ولو اشترى ثوبا على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالبيع فاسد) في القياس وهو قول زفر * وفى الاستحسان يجوز وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وجه القياس أنه شرط في البيع اقالة معلقة بخطر عدم النقد ولو شرط اقالة مطلقة فسد به العقد فاذا شرط اقالة معلقة أولى أن يفسد به العقد وهذا الشرط ليس فى معنى شرط الخيار لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم البيع وهنا لو سكت حتي مضت المدة بطل البيع وجواز البيع مع شرط الخيار ثابت بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس فى معناه ولكن تركنا هذا القياس لحديث بن عمر رضي الله تعالى عنهما فانه باشر البيع بهذا الشرط. وقول الواحد من فقهاء الصحابة رضوان الله تعالى عليهم مقدم على القياس عندنا لان قوله بخلاف القياس كروايته عن رسول الله صلي الله عليه وسلم فانه لا يظن به أنه قال جزافا والقياس لا يوافق قوله فعرفنا انه قال سماعا ثم هذا الشرط من حيث المقصود كشرط الخيار لانه انما يشترط الخيار ليتروى النظر فيه ويكون مخيراً فى الايام الثلاثة بين فسخ العقد وتمامه بهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود والشرع انما جوز شرط الخيار لهذا المقصود حتى قال (لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام. قال (فان اشتراه علي انه لم ينقده الى أربعة أيام فلا بيع بينهما) فهذا العقد فاسد عند أبى حنيفة كقوله فى شرط الخيار فان عنده شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام يفسد العقد وعند محمد العقد جائز بمنزلة شرط الخيار عنده فانه يجوز شرط الخيار مدة معلومة طالت المدة أو قصرت ولم يذكر فى الكتاب قول أبى يوسف وفي بعض نسخ المأذون ذكر قول أبي يوسف كقول أبى حنيفة رحمهما الله تعالى وذكر ابن سماعة فى نوادره أن هذا قوله الاول فأما قوله الاخير كقول محمد لان هذا فى معنى شرط الخيار وقوله كقول محمد في جواز اشتراط الخيار أربعة أيام فكذلك فى هذا الشرط. وجه قوله الذي ذكره فى المأذون أن القياس ما قاله زفر فان هذا الشرط من حيث الحكم ليس نظير شرط الخيار ولكن تركنا القياس فى ثلاثة أيام لقول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ففيما زاد علي ذلك نأخذ بالقياس وهذا لان الغرر يزداد بطول المدة وقد يجوز أن يحمل العقد لليسير من الغرر دون الكثير منه ألا ترى أنا نجوز

شراء أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار فيها ثم لا يجوز ذلك في الاربعة لما ذكرنا . قال (وكل فاسد رده المشتري على البائع بهبة أو صدقة أو بيع فهو متاركة للبيع ويبرأ المشتري من ضمانه) لان الرد بسبب فساد البيع مستحق فى هذا المحل بعينه شرعا فعلى أى وجه أتى به يقع من الوجه المستحق كرد المغصوب والودائع وهذا لانه ممنوع من تمليكه من البائع بسبب مبتدإ مامور برده لفساد البيع ولا معاوضة بين المنهى عنه ويكره المأمور به فيترك جانب المأمور به في رده عليه . قال (وان اشترى شيئا وشرط على البائع أن يحمله الى منزله أو يطحن الحنطة أو يخيط الثوب فهو فاسد) لان فيه منفعة لاحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه لانه ان كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو اجارة مشروطة في العقد وان لم يكن بمقابلته شيء من البدل فهو اعارة مشروطة فى البيع وهو مفسد للعقد وكذلك لو اشترى داراً على أن يسكنها البائع شهراً فهذه اعارة مشروطة فى البيع وهو مفسد للعقد أو هذا شرط أجل في العين والعين لا تقبل الاجل . قال (ولو اشترى شيئا على أن يرهنه بالثمن رهنا أو على أن يعطيه كفيلا بنفسه أو بالثمن فهذا العقد فاسد) والكلام فى هذين الفصلين ينقسم على أربعة أقسام أما فى شرط الكفيل سواء سمى الكفيل أو لم يسميه فالعقد فاسد اذا كان الكفيل غائبا عن مجلس العقد لانه لا يدرى أيكفل أم لا فيفسد العقد لمعنى الغرر ولان جواز هذا العقد يتعلق بقبول الكفيل الكفالة فبقى شرط قبوله اذا كان غائبا عن مجلس العقد لم يجز العقد وان قبله بعد المجلس كالمشترى فان كان الكفيل حاضراً أو حضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز البيع استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الكفالة عقد آخر ليس من حقوق العقد فى شيء واشتراط هذا عقد آخر في عقد البيع مفسد للعقد اذا كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين وجه الاستحسان أن المقصود بالكفالة التوثق بالثمن فى معنى اشتراط زيادة وصف الجودة فى الثمن ولو اشترط في البيع ثمنا جيداً كان البيع جائزاً ثم تمام هذا العقد بقبول الكفيل فانه بقبوله ينتفى معنى الغرر فاذا وجد ذلك فى المجلس كان هذا بمنزلة انتفاء الغرر عند العقد وشرط الحوالة فى هذا كشرط الكفالة لانه لا ينافى وجود أصل الثمن في ذمة المشترى فان الحوالة تحويل ولا يكون ذلك الا بعد وجود الثمن فى ذمة المشترى بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشترى بالعقد فان ذلك ينافي وجوب العقد فكان مفسداً للعقد . قال (وان شرط أن يرهنه بالثمن رهنا فان كان الرهن مجهولا فالعقد فاسد) لان قبول العقد فى الرهن لا بد

منه عند هذا الشرط وما يشترط قبول العقد فيه لا بد أن يكون معلوما ولكن لو أوفاه الثمن صح العقد لان المفسد قد زال قبل تقريره لان شرط الرهن للاستيفاء وقد استوفاه حقيقة وان شرط أن يرهنه هذا المبتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد لما بينا انه شرط عقد في عقد وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لان المقصود بالرهن الاستيفاء فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن فاشتراط مايتوثق به كالاشتراط صفة الجودة في الثمن وكذلك ان سمى مكيلا أو موزونا موصوفا بغير عينه وجعله رهنا بالثمن لان قبول ذلك في البيع قبول صحيح ألا ترى انه يصلح أن يكون ثمنا فكذلك يصلح اشتراطه رهنا بالثمن فان أبي المشترى أن يرهنه ماسمى لم يجبر عليه لان تمام الرهن بالقبض ولم يوجد القبض وعلى قول ابن أبي ليلى يجبر عليه لانه ثبت في ضمن عقد لازم فيصير الوفاء به مستحقا كالعدل في الرهن اذا سلطه على البيع كان مجبراً عليه ولا يملك الراهن عزله بخلاف التوكيل بالبيع مقصوداً ولكنا نقول عقد الرهن ليس من حقوق البيع فلا بد في اتمامه من اتحاد شرط العقد واتمامه بالقبض فما لم يوجد لا يلزم حكم الرهن ألا ترى أن يد الاستيفاء لا تثبت له الا بالقبض فكذا اشتراطه في العقد لا يلزم الا بالقبض ولكن ان أبا المشترى أن يرهنه فللبائع أن يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا واذا لم يتم رضاه كان له أن يفسخ . قال (وان باع شيئا من الحيوان واستثنى ما في بطنه فالبيع فاسد) لان ما في البطن لا يجوز ايجاب البيع فيه مقصوداً فلا يجوز استثناؤه مقصوداً كاليد والرجل وهذا لان الجنين مادام متصلا بالام فهو في حكم الاجزاء ألا تري أنها تقطع بالمقراض عنها واجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصوداً ولا يكون مقصودا بالاستثناء وهذا لان الجنين في البطن مجهول ولا يدري أذكر هو أم أنثى واحدا أو مثنى فاذا كان المستثنى مجهولا فالمستثنى منه يصير مجهولا أيضا وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد وكذلك ان وقع العقد على عدل بر أو أغنام أو نخيل واشترط أن يرد المشترى أحد العينين أو يأخذ البائع احداهن بغير عينها فالبيع فاسد لان المستثني مجهول وبه يصير المستثنى منه مجهولا أيضا وهذه جهالة تفضى الى المنازعة لانها متفاوتة في المالية فيفسد البيع . قال (وان اشترى شاة على أنها حامل فالعقد فاسد) لان الحبل في البهائم وهي زيادة مجهولة . فانه لا يدرى ان انتفاخ بطنها من ريح أو ولد وان الولد حي أو ميت ذكراً أم أنثى واحدا أو مثنى والمجهول اذا ضم الى معلوم يصير الكل مجهولا

وكذلك ان شرط أنها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدرى لعل الشرط باطل يعنى ان اشتراط مقدار من البيع ليس فى وسع البائع ايجاده ولا طريق الى معرفته فكان شرطا باطلا فيفسد به العقد. قال (وان شرط أنها حلوب أو لبون لم يذكر هذا الفصل فى الاصل) وقد ذكر الكرخى أن هذا ما لوشرط أنها تحلب كذا وكذا سواء لان اللبن زيادة مال منفصل ولا يكون لبونا حلوبا الا به وتلك الزيادة مجهولة على ما مر فصار كما لو اشترى على أنها حامل وذكر الطحاوى أن هذا شرط وصف مرغوب فيه فلا يفسد العقد به كما لو شرط فى العبد أنه كاتب أو خبار ولان هذا يذكر على سبيل بيان الوصف لا على سبيل الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه كما اذا اشترى فرسا على أنها هملاج أو اشترى كلبا على انه صائد فانه يجوز كذا هنا وهكذا روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى فى الحلوب بخلاف ما اذا اشترط أنها تحلب كذا لان الفساد باشتراط مقدار لبن في الضرع لاطريق الى معرفته. قال (وكذلك ان اشترى سمسما أوزيتونا على أن فيهما من الدهن كذا أواشترى حنطة بشرط أن يطحن منها كذا مختوم دقيق فهذا شرط باطل) لاطريق للبائع الى معرفته ولا يقدر على الوفاء به فيكون مفسداً للعقد. قال (ولو باع جارية وتبرأ من الحبل وكان بها حبل أولم يكن فالبيع جائز) لان الحبل فى بنات آدم ألا ترى أن للمشترى حق الرد به فانما تبرأ البائع من العيب وذلك غير مفسد للعقد. قال وليست البراءة فى هذا كالبهائم قيل معناه كالشرط في البهائم فان الحبل في البهائم زيادة فذكره فى العقد شرط زيادة مجهولة) وفى الآدمية عيب فذكره يكون تبريا من العيب ولا يكون شرط زيادة مجهولة وقيل معناه اذاذكر الحبل فى الجارية على وجه التبرى عرفنا ان مراده العيب فلا يفسد به العقد واذا ذكره على وجه الشرط عرفنا ان مراده شرط زيادة مجهولة فيفسد به العقد وقد ذكر هشام عن محمد رحمهما الله أنه اذا اشترى جارية على أنها حامل فالبيع جائز الا أن يظهر المشترى انه يريدها للظؤرة فحينئذ يفسد به العقد لعلمنا أنه قصد الحبل بالشرط وهو مجهول وعلى هذا يحكى عن الهندوانى أنه كان يقول أن شرط الحبل اذ وجد من البائع لم يفسد به العقد وأن شرطه المشترى يفسد لان البائع انما يذكر الحبل على وجه بيان العيب عادة والمشترى يذكر على وجه اشتراط الزيادة. قال (رجل اشتري جارية بجاريتين الى أجل فالعقد فاسد) لان الحيوان لا يثبت ديناً فى الذمة بدلا عما هو مال ولان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قبض

الجارية فذهبت عينها عنده من عمله أو من غير عمله فللبائع أن يأخذها ويضمنه نصف قيمتها لان العين من الآدمى نصفه وفوات النصف فى ضمان المشترى كفوات الكل ولو هلكت كان عليه ضمان قيمتها سواء هلكت بفعله أو بغير فعله فكذلك اذا ذهب نصفها وهذا لانها صارت مضمونة بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض ألاترى أنها تضمن بالغصب فان الجارية المغصوبة اذا ذهبت عينها عند الغاصب أخذها المغصوب منه مع نصف قيمتها ولو فقأ عينها غيره فان البائع يأخذها لان فسخ العقد فيها مستحق شرعا فما دامت قائمة كان على البائع أن يأخذها ثم يتخير في نصف قيمتها فان شاء ضمن ذلك الفاقئ وان شاء ضمن المشتري لان بالاخذ ينفسخ العقد فيها ويعود الى قديم ملك البائع فجناية الفاقئ كانت على ملكه فله أن يضمنه نصف قيمتها وان شاء ضمن المشترى ذلك لانها كانت مضمونة عليه بالقبض بجميع أجزائها فكانت كالمغصوبة فى هذا الحكم فان ضمن المشتري يرجع المشترى بذلك على الفاقئ لان ملكه تقرر فى ذلك الجزء حين ضمن بدله وهو كالغاصب فى ذلك وان ضمن الفاقئ لم يرجع على المشترى بشيء لانه ضمن بجنايته فأما اذا قتلها فى يد المشترى قاتل فللبائع أن يضمن المشترى قيمتها ولا سبيل له على القاتل بخلاف المغصوبة فان المغصوبة اذا قتلها انسان في يد الغاصب يتخير المغصوب منه ان شاء ضمن الغاصب قيمتها وان شاء ضمن القاتل بخلاف المشتراة شراء فاسداً في يد المشترى لان المغصوبة على ملك المغصوب منه فالقاتل من القاتل جناية على ملكه فيتخير في التضمين ان شاء ضمن الغاصب بالغصب أو القاتل بالقتل وهنا قد صارت الجارية مملوكة للمشترى بالقبض وبالقتل يتعذر فسخ البيع فيها ولا يعود الى ملك البائع فلهذا تعين حق البائع فى تضمين المشترى وليس له أن يضمن القاتل وفي فقء العين ماتعذر فسخ العقد فيها واذا انفسخ العقد فيها بالرد كانت جناية الفاقىء علي ملك البائع فلذلك يتخير البائع ان شاء ضمن القاتل بالقتل وان شاء ضمن المشتري بالقبض كما فى الغصب ثم اذا ضمن البائع المشترى قيمتها فى القتل كان للمشترى أن يضمن القاتل قيمتها لانه أتلف ملكه فيها بالجناية فكان له أن يضمنه قيمتها . قال(فلو كانت الجارية كما هى غير أنها ولدت ولدين فمات أحدهما أخذ البائع الجارية والولد الباقى) لانها فى يده كالمغصوبة مستحقة الرد بزوائدها المتصلة والمنفصلة وهذا لان الولد متولد من العين ووجوب لرد كان حكما متقرراً فيها فيسرى الى الولد ولان ملك الاصل يسرى الى الولد والثابت للمشترى في الاصل كان ملكا مستحق

الازالة بالرد على البائع فثبت مثله فى الولد وليس له أن يضمنه قيمة الميت بمنزلة ولد المغصوب اذا مات في يد الغاصب من غير صنعه لم يضمن لانعدام الصنع منه فهذا مثله قال (فان كانت الولادة قد نقصتها وفى الولد الثانى وفاء بجميع ذلك النقصان فلاشئ على المشترى) لرده ما ينجبر به النقصان فان نقصان الولادة ينجبر بالولد عندنا وقد بيناذلك فى المغصوبة وكذلك فى المشتراة شراء فاسداً والولد الميت صار كان لم يكن فكأنها ولدت ولداً واحداً . قال (وان لم يكن فى الولد الباقى وفاء النقصان فعلى المشترى تمام ذلك) لان انجبار النقصان بالولد لصفة المالية وانما ينجبر بقدر مالية الولد وما زاد على ذلك ليس بأزائه ما يجبره فعلى المشترى ضمان ذلك . قال (وان كان الميت مات من فعل المشترى أو منعه بعد طلب البائع حتى مات صار المشترى ضامنا بقيمته يردها مع الأم) لان الولد انما لم يكن مضموناً عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان فيه وقد وجد ذلك بالاتلاف أو المنع بعد الطلب ثم رد قيمة الولد كرد عينه حتى اذا كان فيها وفى مالية الحى وفاء بالنقصان فلاشئ على المشترى وان لم يكن فيها وفاء بنقصان الولادة فعلى المشترى تمام ذلك لان الانجبار بقدر المالية على ما مر . قال (ولو كانت الام هى الميتة والولدان حيان أخذ البائع الولدين وقيمة الام يوم قبضه المشترى) وهكذا القول في كل بيع فاسد لان حق الاسترداد ثابت للبائع في الولدين فلا يسقط ذلك بهلاك الام كالمغصوبة اذا ولدت ثم ماتت كذلك هنا وان كان ضامناً قيمتها للبائع حين قبضها لانها دخلت فى ضمانه بالقبض وتعذر ردها فيجب ضمان قيمتها والولد تبع فلا يقوم مقام الاصل في حق الرد حتى لا يسقط برد الولدين ضمان قيمة الأم وان كان في ماليتهما وفاء بذلك بخلاف نقصان الولادة فالفائت هناك وصف هو بيع ثم الخلافة هناك باتحاد السبب فان سبب النقصان والزيادة واحدة وهذا لا يوجد هنا فان موت الام لم يكن بالولادة ولو كان بالولادة فالولادة من حيث أنها موت لا توجب الزيادة ولداً ولذا لا ينجبر قدر النقصان بالولدين بعد موت الام حتى يضمن كمال قيمتها لان هنا لا يحتاج الى جبر النقصان بعد موت الام لان الملك يثبت للمشترى بعد القبض على ما ذكرنا وتقرر القيمة عليه من حين قبضها فاذا مات تبين أن ذلك النقصان حاصل فى ملك المشترى فلا تقع الحاجة الى جبر هذا النقصان بالولد بخلاف ما اذا بقيت الام لانه أمكن فسخ العقد فيها بالرد فاذا ردها عادت الى تديم ملك البائع فتبين أن النقصان حصل فوقعت الحاجة الى انجبار النقصان بخلف قائم مقامه وهو الولد فلهذا افترقا . قال (والبيع الفاسد ينعقد موجبا للملك اذا

اتصل به القبض عندنا وعند الشافعي لا ينعقد للملك وفى الحقيقة هذه المسئلة تنبني على مسئلة من أصول الفقه وهو أن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة عندنا فان ذلك موجب النسخ والنهي عن النسخ وعندنا يخرجها من أن تكون مشروعة بمقتضى النهي فان صفة القبح من ضرورة النهي كما أن صفة الحسن من ضرورة الامر والمشروع ما يكون مرضياً والقبيح ما لا يكون مرضيا فينعدم أصل العقد لضرورة النهي ومقتضاه ولكنا نقول موجب النهي الانتهاء على وجه يكون المنتهي مختارا فيه كما أن موجب الامر الائتمار على وجه يكون المؤتمر مختاراً فيه فان استحقاق الثواب والعقاب ينبني على ذلك وذلك لا يكون الا بعد تقرر المشروع مشروعا باعتبار هذا الاصل ثم يخرج المقتضى عليه بحسب الامكان أولى من اعلام المقضي بالمقتضى وهذه فى أصول الفقه فأما التخريج هنا على الاصل المتفق عليه وهو أن النهي متى كان لمعنى فى غير المنهي عنه فانه لا يعدم المشروع كالنهي عن البيع وقت النداء وان كان المنهي عنه بعدمه كالنهي عن بيع المضامين والملاقيح والشافعي يقول في البيوع الفاسدة النهي لمعنى فى غير المنهي عنه ولهذا أفسد البيع ويتضح هذا فى البيع بالخمر فالبيع مبادلة مال متقوم بمال متقوم والخمر ليس بمال متقوم حتى لا يملك بالعقد وان قبض فلا ينعقد موجبا حكمه فعرفنا انه غير منعقد فى حق حكمه وهو الملك والدليل عليه ان البيع موجب للملك بنفسه ثم الفاسد منه لا يكون موجبا الملك بنفسه فعرفنا انه ليس ينعقد في حكم الملك وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد بالمقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولا عقد وان كان منعقداً بصفة الفساد لما منعت ثبوت الملك بالبيع قبل القبض فكذلك بعده لان الفساد قائم بعده ولان بالقبض يزداد الفساد والحرمة وكل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعد القبض كخيار الشرط وهذا فى معناه لان مع خيار الشرط لا يتم الرضا من البائع ومع الفساد كذلك فانه لو صار مملوكا انما يصير مملوكا بالقيمة والبائع لم يرض بهذا ولهذا ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما ولان هذا عقد معاوضة فالفاسد منه لا ينعقد موجبا للملك كالنكاح وهذا لان الملك مشروع محبوب فيستدعي سببا مرضياً شرعيا بخلاف الكتابة الفاسدة حيث انعقد العقد مع صفة الفساد فيها معنى المعاوضة واليمين لانه تعليق العتق بشرط الاداء والحرمة لا تمنع صحة التعليق لو كما (قال) ان زنيت فأنت حرة فانما ينزل العتق هناك لمعنى التعليق دون المعاوضة

وحجتنا في ذلك من حيث التخريج علي الاصل المجمع عليه أن يقول هذا النهى لمعنى في غير المنهي عنه لان البيع ينعقد بالايجاب والقبول في محل قابل له ولا يختل شيء من ذلك بالشرط الفاسد وانعقاد العقد يوجب ركنه من أهله والنهى كان للشرط وهو وراء ما يتم العقد به وكذلك النهى عن الربا للفضل الخالى عن المقابلة وهو وراء ما يتم به العقد فلا ينعقد فيه أصل العقد والعقد لا ينعقد شرعا الا موجبا حكمه لان الاسباب الشرعية تطلب لاحكامها فاذا كانت خالية عن الحكم تكون لغوا ولكن الحكم متصل بها تارة ويتأخر أخرى كالهبة فانها عقد تمليك ثم الملك بها يتأخر الي القبض (قوله) بان البيع يفسد به (قلنا) لان النهى اتصل بوصفه لان الخيار والاجل لو كان جائزاً كان عمله فى تغيير وصف العقد لا فى تغيير أصله فكذلك اذا كان فاسدا يكون عمله فى تغيير وصف العقد حتى يصير العقد فاسداً وليس من ضرورة انعدام الوصف انعدام الأصل بل من ضرورته انعقاد الاصل فالصفة لا تكون بدون الموصوف وهكذا نقول في النكاح فانه ينعقد مع الفساد ولهذا يتعلق به وجوب المهر والعدة والنسب عند الدخول الا انه لا يثبت الملك به لان الحكم يثبت بحسب النسب فالعقد الفاسد انما يثبت ملكا حراما وليس فى النكاح الا ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فكان من ضرورة الفساد هناك انتفاء الملك وهنا بالبيع الفاسد انما يثبت ملك حرام ولهذا لو كانت جارية لا يحل له وطؤها وليس من ضرورة ثبوت الحرمة انتفاء ملك اليمين كالعصير يتخمر يبقي مملوكا وان كان حراما وكشراء الرجل أخته من الرضاع فيملكها وان كانت حراما عليه فاثبتنا الملك لهذا ولكن العقد بصفة الفساد يضعف فيتأخر الحكم الى انضمام مايقوم اليه وهو القبض كعقد التبرع ولانه لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض فان المسمى لا يجب للفساد والضمان لا يجب الا بالقبض فلهذا تأخر الملك الى مابعد القبض وهكذا نقول في البيع بشرط الخيار فانه انعقد مفيداً لحكمه ولكنه تأخر ثبوت الحكم الى سقوط الخيار علي أن ذلك في معنى المعلق بالشرط لانه يقول علي أني بالخيار والمتعلق بالشرط مقدم قبل الشرط ألا ترى انه تعذر أعمال التعليق في أصل السبب فيجعل عاملا فى الحكم وليس من ضرورة الفساد انعدام العقد شرعا كالاحرام يفسد بالجماع ويبقى أصله والطلاق فى حالة الحيض حرام شرعا ويكون مفيدا لحكمه والظهار حرام شرعا ثم ينعقد موجبا حكمه والدليل عليه أن المقبوض يصير مضمونا والضمان انما يجب بطريق الجبران أو بالعقد وهنا وجوب الضمان ليس بطريق

الجبر لانه يقبضه باذن المالك فعرفنا أن وجوب الضمان بالعقد وهكذا نقول في المقبوض على سوم البيع انه مضمون بالعقد ولكن على وجه وهو أن يجعل الموعود من العقد كالمتحقق وليس بينهما عقد موجود هنا فعرفنا أن الضمان باعتبار العقد المتحقق واذا ثبت هذا في البيع مع الشرط الفاسد فكذلك في الربى لان الفساد يكون لمعنى في وصف العقد فان بالفضل يصير البيع رابحا وكذلك في البيع بالخمر فان ركن العقد المالية في البدلين وبتخمر العصير لاتنعدم المالية وانما ينعدم التقوم شرعا فان المالية تكون بكون العين منتفعا بها وقد اثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله تعالى (ومنافع للناس) ولانه كان مالا متقوما قبل التحريم وانما ثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام المالية كالسرقين الا أنه فسد تقومه شرعا لضرورة وجوب الاجتناب عنه بالنص ولهذا يكون مالا فى حق أهل الذمة فانعقد العقد بوجود ركنه في محله بصفة الفساد ولكن الخمر لا يملك بالقبض لانه غير متقوم شرعا فيملك بادائه لانعقاد العقد موجبا الملك فيه بخلاف البيع بالميتة والدم فذلك ليس بمال فى حق أحد فلانعدام ركن العقد فى محله لا ينعقد العقد . قال (ولو كان المشترى أعتق الجارية التى اشتراها بعقد فاسد بعد قبضه اياها أو باعها أو أمهرها أو وهبها وسلمها أودبرها أو كاتبها أو استولدها جاز جميع ذلك) لانه تصرف في ملكه وهذا التعليل نص عليه محمد فى كتاب الشهادات فى نظير هذا (قال) لانه مالك رقبتها وهنا (قال) لان البائع سلطه عليها وهو اشارة الي ماقلنا لان التمليك تسليط علي التصرف فصار كما لو سلطه على الاعتاق نصا بأن (قال) أعتقها ألا ترى أنه ذكر فى كتاب الاستحسان اذا اشترى طعاما حل له أن يتناول من ذلك الطعام لان البائع سلطه على ذلك فلما كان في العقد الجائز يعتبر التسليط فى حق تناول الطعام فكذا فى حق الفاسد ولهذا قلنا أنه لا يحل له أن يطأها لان الوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فكذلك لايستباح به دلالة ويعود التصرف باعتبار أصل الملك دون صفة الحل وقد ثبت أصل الملك فيثبت التسليط علي التصرف ثم قد تعذر ردعينها فيلزمه رد قيمتها وانما تعذر الرد باعتبار هذه التصرفات نحو البيع والهبة ومأأشبه ذلك لان المشترى شراً فاسداً لما باع من غيره وسلمه اليه تعلق بهذا العين حق المشترى الثانى وحق الله تعالى من حيث فسخ العقد بالرد علي البائع الاول وحق الله تعالى مع حق العبد اذا اجتمعا تقدم حق العبد لا تهاونا بحق الله تعالي ولكن الله تعالى أغنى والعفو منه أرجى بخلاف المشترى من

الغاصب لانه تعلق به حق المشترى وحق المغصوب منه وكل واحد من الحقين حق العبد فترجح حق المغصوب منه لانه أسبق . قال (وليس عليه فى الوطء مهر وفى كتاب الشرب يقول وعليه العقر قيل تأويل المسئلة اذا لم يستولدها بالوطء حتى ردها على البائع فان بردها ينفسخ الملك من الاصل فتبين أن الوطء صادف ملك الغير فيلزمه العقر بالوطء وهنا قال استولدها وبالاستيلاد يتقرر ملكه فانما وطئها وهى مملوكة له فلا يلزمه العقد بذلك وقيل ما ذكر هنا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وماذكر هناك قول محمد وأصله فيما ذكر هشام أنها لو زادت فى يد المشترى فى بدنها ثم أعتقها فعليه ضمان قيمتها وقت القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد وقت العتق فلما كان محمد ثبت حق البائع فى الزيادة ويجعلها مضمونة على المشترى بالاتلاف فكذلك المستوفى بالزيادة فى حكم زيادة هى ثمرة ومن أصلهما أن الزيادة تكون فى يد مضمونة على المشترى بالاتلاف فكذلك المستوفى بالوطء فلهذا لا مهر عليه . (قال) وان رهنها فعليه قيمتها لان عقد الرهن اذا اتصل به القبض يكون لازما فى حق الراهن فيثبت به عجزه عن رد العين فلهذا لزمته قيمتها وان افتكها قبل أن يضمنه القاضى قيمتها ردها عليه لان المانع قد زال قبل تحول حق البائع الي القيمة وكذلك ان عجزت عن الكتابة لان المانع حق المكاتب وقد سقط قبل أن يتحول الحق الي القيمة فان التحول انما يكون بقضاء القاضي فكذلك ان رجع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء ردها على البائع لانه يعود اليه قديم ملكه فى الوجهين فكذلك ان رد عليه بعيب قبل أن يقضى القاضى عليه بالقيمة فان ذلك كله يمنع قضاء القاضى بالقيمة فان كان ذلك كله بعد قضاء القاضى بالقيمة فقد تم تحول الحق الى القيمة فلا يعود فى العين بعد ذلك كما لو أبق المغصوب فقضى القاضى بقيمته على الغاصب ثم عاد . قال (ولو كان أجرها فله أن ينقض الاجارة ويردها) لان الاجارة تنفسخ بالاعذار وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب منه أقوى الاعذار فتنفسخ الاجارة ألا ترى أن المشترى لو أجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له أن ينقض الاجارة ليرده فهذا أولى . قال (وان اشترى الرجل شيئا الى الحصاد أو الى الدياس أو الى العطاء أو الى جذاذ النخل أو رجوع الحاج فهذا كله باطل) بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وقول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى البيع الى العطاء فان عائشة رضى الله تعالى عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وابن عباس رضي الله تعالي عنهما كان يفسد ذلك وابن

أبي ليلى رحمه الله أخذ بقول عائشة رضي الله تعالى عنها (وقال) البيع جائز والمال حال لان العقد لما لم يكن صالحا للاجل الذى ذكره لغي ذكره فأما عائشة كانت تقول وقت خروج العطاء معلوم بالعرف لا يتأخر الخروج عنه الا نادراً فكان هذا بيعاً بأجل معلوم ولكنا أخذنا بقول ابن عباس رضى الله عنهما لان العطا فعل العباد قد يتقدم وقد يتأخر بحسب ما يبدوا لهم والآجال بالاوقات دون الافعال قال الله تعالى (قل هى مواقيت للناس والحج) ثم الشرط فى البيوع ببدل مؤجل اعلام الاجل كما قال صلى الله عليه وسلم فى السلم الى أجل معلوم واعلام الاجل يكون بما لا يتقدم ولا يتأخر من الايام والشهود فأما ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد يكون مجهولا وكذلك الحصاد فانه من أفعالنا وقد يتقدم أو أنه قد يتعجل الحر وقد يتأخر اذا أبطاء البرد والدياس وجذاذ النخل كذلك ورجوع الحاج فعله قد يتقدم وقد يتأخر . قال (فان أبطل المشترى الاجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس جاز البيع) عندنا استحسانا . وقال (زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لايجوز البيع لانه انعقد فاسداً وتصحيح العقد الفاسد فى استقباله كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحاً بالاشهاد والنكاح الي أجل لا ينقلب صحيحا باسقاط الاجل ودليل فساد العقد أن المبيع مضمون على المشترى بالقيمة لو هلك فى يده وأن كل واحد منهما يتمكن من فسخ العقد بغير رضاء صاحبه وان للبائع أن يسترده بزوائده المتصلة والمنفصلة ولكنا نقول المانع من صحة البيع زال قبل تقرره فيصح البيع كما لو باع فصا في خاتم أو جذعاً فى سقف ثم نزعه وسلمه الى المشترى البيع كان صحيحا وتحقيق هذا الكلام ان نفس الاجل غير مفسد للبيع وانما المفسد جهالة وقت الحصاد وذلك غير موجود فى الحال فالشتاء ليس زمان الحصاد بيقين ولكنه وصل ذلك الزمان بما قبله فى الذكر ولاجله فسد العقد وهذا اتصال يعرض للفصل فاذا أسقطه مجيء أوان الحصاد فقد تحقق الانفصال فبقي العقد صحيحاً كما فى الجذع فانه عين مال متقوم ولكن لاتصاله بالسقف وللضرر فى نزعه كان لا يصح البيع فاذا نزعه زال ذلك المعنى كذا هذا حتى لو جاءه زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله بتقرر الفساد وهذا بخلاف النكاح بغير شهود لان المفسد هناك انعدام شرط الجواز ولا يزول ذلك بالاشهاد بعد العقد والنكاح الى أجل متعة والمتعة عقد آخر سوي النكاح وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وأمطار السماء لان ذلك ليس بأجل فالأجل مايكون منتظر الوجود وهبوب الريح وامطار السماء قد يتصل بكلامه

فعرفنا انه ليس بأجل بل هو شرط فاسد ولاجله فسد العقد وهذا بخلاف ما اذا باع بألف ورطل من خمر فان ذلك العقد ينقلب صحيحا عندنا اذا اتفقا علي اسقاط الخمر نص عليه في آخر الصرف الا أن هناك لا ينفرد به البائع لانه تصرف في البدل فلا يتم الا بهما وهنا ينفرد به من له الاجل لانه خالص حقه فيسقط باسقاطه . قال (وان اشترى الى النيروز أو الى المهرجان فهو فاسد)أيضا لانه ليس من آجال المسلمين ولانهم لا يعرفون وقت ذلك عادة وان كان معلوما عند المتعاقدين فهو جائز بمنزلة الاهلة لان الشرط اعلام المتعاقدين الاجل بينهما وكذلك الى الميلاد قبل المراد وقت نتاج البهائم وذلك قد يتقدم وقد يتأخر بمنزلة الحصاد وقبل ولادة امرأة بعينها هي حبلى وقد يتقدم وقد يتأخر وقبل وقت ولادة عيسى عليه السلام وذلك غير معلوم عند المسلمين وكذا الى صوم النصارى لان المسلمين لا يعرفون وقت ذلك وقد يتقدم وقد يتأخر وكذا الى فطر النصارى قبل أن يشرعوا في صومهم لان ذلك قد يتقدم وقد يتأخر بحسب شروعهم في الصوم الا أن يكون ذلك معلوما عند المتعاقدين على وجه لا يتقدم ولا يتأخر وان اشتراه الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في الصوم جاز لان مدة صومهم معلومة بالايام فاذا شرعوا في الصوم صار وقت فطرهم معلوما . قال (واذا اشتري شيئا الى أجلين وتفرقا عن ذلك لم يجز) لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الشرطين في بيع وان ساومه على ذلك ثم قاطعه علي احدهما وأمضي البيع عليه جاز ولا بأس بطيلسان كردي بطيلسانين حواريين الى أجل لانهما جنسان باختلاف الصنعة والمقصود وكذا لا بأس بمسح موصلي بمسحين ساريين الى أجل وكذلك لا بأس بقطيفة يمانية بقطيفتين كرديتين الى أجل وهذا مبنى على الاصل الذى بينا ان اختلاف الصنعة والمقصود تختلف باختلاف الجنس وان كان الاصل واحداً وحرمة النساء لا تثبت الا باعتبار أحد الوصفين والله أعلم

باب الاختلاف في البيوع

﴿ قال ﴾ رحمه الله اذا اشترى سمنا أو غيره في زق فايزنه ثم جاء بالزق ليرده فقال البائع ليس هذا بزقي وقال المشترى بل هو زقك فالقول قول المشترى مع يمينه) لان الزق امانة في يد المشتري والقول في تعيين الامانة قول الامين وان كان مضمونا في يده كان القول في تعيينه أيضا قوله كالمغصوب ولان حقيقة الاختلاف بينهما في مقدار ما قبض من المعقود

عليه فان ذلك يختلف باختلاف وزن الزق فالبائع يدعى الزيادة فعليه البينة والمشترى منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه • قال (وان اشترى عبدين فقبض أحدهما ومات عنده ومات الآخر عند البائع ثم اختلافا في قيمة المقبوض وفي قيمة الآخر فالقول قول المشترى مع يمينه) لان حاصل اختلافهما فى مقدار ما قبضه المشترى فالبائع يقول قبضت ثلثى المعقود عليه فان قيمة المقبوض ألف وقيمة الآخر خمس مائة والمشترى ينكر ذلك ويقول ما قبضت الا ثلث المعقود عليه فان قيمة المقبوض خمسمائة وقيمة الآخر ألف فالقول قول المشترى مع يمينه لانكاره القبض فيما زاد على الثلث ألا ترى أنه لو اشترى كر حنطة فقبض بعضه وهلك الباقى عند البائع (فقال) المشترى قبضت منك ثلثه و(قال) البائع نصفه كان القول قول المشترى مع يمينه ولو كان المشترى قبض العبدين فمات احدهما عنده وجاء بالآخر يرده بالعيب فاختلافا فى قيمة الميت كان القول قول البائع مع يمينه لان المشترى هنا قبض جميع المعقود عليه ثم وقع الاختلاف بينهما فى مقدار ما رده بالعيب فالمشترى يدعى الزيادة فيه والبائع ينكره فكان القول قول المنكر مع يمينه يوضح الفرق نحن نعلم أن الثمن كله لم يتقرر على المشترى وانما الاختلاف بينهما فى مقدار ما تقرر من الثمن على المشترى فالبائع يدعى في ذلك زيادة والمشترى منكر ردهما اتفقا ان جميع الثمن متقرر على المشترى بالقبض ثم الاختلاف بينهما فى مقدار ما سقط عنه بالرد فالمشترى يدعى زيادة فى ذلك والبائع منكر فكان القول قوله مع يمينه ويقسم الثمن على قيمة الذى يريد رده غير معيب وعلى قيمة الميت كما أقر به البائع لان الانقسام على قيمة المبيع كما دخل في العقد وقد دخل فى العقد غير معيب ولو أقاما جميعا البينة على قيمة الميت أخذت بينة البائع أيضا لانها مثبتة الزيادة فى المشهود به وهو قيمة الميت والمثبت للزيادة من البينتين يترجح • قال (واذا اختلف البائع والمشترى في الثمن والسلعة قائمة فى يد البايع أو المشترى فانهما يتحالفان ويترادان) استحسانا وفى القياس القول قول المشترى لانهما اتفقا على أصل البيع وادعى البائع زيادة في حقه وهو الثمن والمشترى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ولكن تركنا القياس بالسنة والمروى فى الباب حديثان أحدهما حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) اذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول ما يقوله البائع ويترادان (والثانى) حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان

تحالفا وترادا فالحديث صحيح مشهور فيترك كل قياس بمقابلته وكان أبو حازم القاضي يقول ان كانت السلعة في يد البائع فالتحالف بطريق القياس لان كل واحد منهما يدعى حقا لنفسه على صاحبه فان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى يدعى وجوب تسليم السلعة اليه عند أداء ما أقر به من الثمن فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه قياسا وان كانت في يد المشترى فالتحالف بخلاف القياس لان المشترى لا يدعى لنفسه على البائع شيئا فان المبيع مسلم اليه باتفاقهما وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع وهو قول زفر واحدى الروايتين عن أبي حنيفة لان الشرع جعل القول قول البائع وهو يقتضى الاكتفاء بيمينه وان كان لا يكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه ولان المقصود من الاستحلاف النكول وبنكوله تنقطع المنازعة بنفسه وبنكول المشترى لا تنقطع المنازعه ولكن يجبر على اداء ما ادعى من الثمن واليمين تقطع المنازعة فيبداء بيمين من يكون نكوله أقرب الى قطع المنازعة ثم رجع فقال يبدأ بيمين المشترى وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة لانه أظهرهما انكاراً واليمين على المنكر ولان أول التسليمين على المشترى وهو تسليم الثمن فأول اليمينين عليه ولهذا قلنا في بيع المقايضة القاضى يبدأ بيمين أيهما شاء لانه لا يجب على أحدهما التسليم قبل صاحبه وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله بدل أو هو قائم مقام الاقرار وان حلفا جميعا فما ذكر في كتاب الدعوى ان في القياس يكون البيع بينهما بألف درهم لان الزيادة التى ادعاها البائع انتفت بيمين المشترى وقد تصادقا على صحة البيع بينهما فيقضي بالبيع بما وقع عليه الاتفاق من الثمن ولكنا تركنا القياس وقلنا يفسخ البيع بينهما بالسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ويترادان والمراد رد العقد لا رد المقبوض لان ما يكون على ميزان التفاعل يقتضى وجوده من الجانبين وأحد البدلين غير مقبوض وقد بينا في السلم انه انما يفسخ العقد اذا طلب ذلك أحدهما وأيهما أقام البينة أوجب قبول بينته أما البائع فلانه مدعي حقيقة وقد أثبت الزيادة بالبينة وأما المشترى فلانه مدعى صورة لانه يدعى العقد بالف درهم والدعوى صورة تكفى لقبول البينة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وأقام البينة وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع لما فيها من اثبات الزيادة. قال (وان كانت السلعة قد هلكت في يد المشترى ثم اختلفا في الثمن) فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى القول قول المشترى مع يمينه وعند محمد والشافعى رحمهما الله تعالى يتحالفان ويترادان العقد لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا

المتبايعان وترادا ولا يمنعا من الاستدلال لظاهر هذا الحديث الآخر من ظاهر قوله والسلعة قائمة بعينها لان ذلك مذكور على سبيل التثنية أى تحالفا وان كانت السلعة قائمة لان عند ذلك يتأتى تميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة فى الحال ولا يتأتى ذلك بعد هلاك السلعة فاذا كان تحري التحالف مع امكان تميز الصادق من الكاذب فعند عدم الامكان أولى ولان التحالف عند قيام السلعة انما يصار اليه لان كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره صاحبه فالبيع بألف غير البيع بالفين ألا ترى أن شاهدى البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة والدليل عليه أنه لو انفرد كل واحد منهما باقامة البينة وجب قبول بينته فعرفنا أن كل واحد منهما يدعى عقداً ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهذا المعنى عند هلاك السلعة متحقق فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة وهلك أحد البدلين ثم اختلفا أو قبل المبيع قبل القبض ثم اختلفا فى الثمن فانهما يتحالفان ثم اذا حلفا فقد انتفى كل واحد من الثمنين بيمين المنكر منهما فيبقى البيع بلا ثمن والبيع بغير ثمن يكون فاسداً والمقبوض بحكم عقد فاسد يجب رد عينه فى حال قيامه ورد قيمته بعد هلاكه وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والبائع هو المدعى والمشترى منكر فكان القول قوله مع اليمين فاما المشترى لا يدعي لنفسه شيئا على البائع لان المبيع مملوك له مسلم اليه باتفاقهما وهذا هو القياس حال قيام السلعة أيضا ولكنا تركناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط لا على وجه البينة لان قوله اذا اختلفا المتبايعان شرط وقوله والسلعة قائمة بعينها معطوف على الشرط فكان شرطا لان موجب الاشتراط والمخصوص من القياس بالسنة لا يلحق به الا ما كان فى معناه وحال هلاك السلعة ليس فى معنى حال قيام السلعة لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينفسخ العقد فيعود الى كل واحد منهما رأس ماله بعينه وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ الا ترى انه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وهذا لان الفسخ لا يراد الا على ما ورد عليه العقد والمعقود عليه فات لا الى بدل فان القيمة قبل الفسخ لا تكون واجبة على المشترى والفسخ على غير محله لا يتأتى بخلاف بيع المقايضة فان أحد العوضين هناك قائم وهو معقود عليه ولهذا جاز

الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وكذلك اذا قبل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهى قائمة مقام العين فى امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت فى حكم المعقود عليه ولا معنى لقوله ان كل واحد منهما يدعى عقداً آخر فان العقد لا يختلف باختلاف الثمن ألا ترى ان الوكيل بالبيع بألف يبيع بالفين وان البيع بألف قد يصير بالفين بالزيادة فى الثمن والبيع بالفين يصير بالف عند حط بعض الثمن واختلاف الشاهدين فى مقدار الثمن انما يمنع قبول الشاهدة لا لاختلاف العقد بل لان المدعي يكذب أحدهما وقبوله بينة المشترى عند الانفراد لانه مدعي صورة لا معنى وذلك يكفى لقبول بينته ولكن لا يتوجه به اليمين على خصمه كالمودعى يدعى رد الوديعة فلا يتوجه اليمين على خصمه وان كانت بينته تقبل عليه والدليل عليه ان المشترى لو كان جارية حل للمشترى وطؤها ولو كان الاختلاف فى الثمن موجبا اختلاف العقد لما حل له وطؤها كما لو ادعي أحدهما البيع والآخر الهبة ولهذا تبطل دعوى الفساد وهو قوله انهما اذا حلفا يبقى العقد بلا ثمن لانه لو كان هكذا لما حل له وطؤها ولان القاضى انما يفسخ البيع عند طلب أحدهما وما لم يفسخ حل للمشترى وطؤها ولو فسد البيع بالتحالف لما حل له وطؤها ولما تأخر حكم الفسخ الي طلب أحدهما والحديث المطلق فيه ما يدل على قيام السلعة وهو لفظ التراد لانه ان كان المراد رد المأخوذ حسا وحقيقة فذلك يتأتى عند قيام السلعة وان كان المراد العقد فقد بينا أن الفسخ انما يتأتى عند قيام السلعة مع ان المطلق والمقيد فى حادثة واحدة في حكم واحد اذا ورد فالمطلق محمول على المقيد . قال (وان كان البائع قد مات واختلفت ورثته مع المشترى فى الثمن فالقول قوله ورثة البائع) ان كان المبيع في أيديهم ويجرى التحالف بالاتفاق استحسانا لانهم قائمون مقام البائع حتى يطالبون بالثمن ويطالبون بتسليم المبيع وذلك بحكم العقد فاذا ثبت في حقهم عرفنا أنهم صاروا كالبائع وان كان المشترى قد قبض المبيع فالقول قوله مع يمينه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يتحالفان ويتردان وكذلك ان مات المشترى وبقى البائع فان كانت السلعة لم تقبض جرى التحالف استحسانا لان ورثة المشترى قاموا مقامه في وثوق العقد فانه يثبت لهم حق المطالبة بتسليم المبيع وان كانت السلعة مقبوضة فعند أبى حنيفه وأبى يوسف رحمهما الله القول قول ورثة المشترى وعند محمد يتحالفان ويترادن وكذلك اذا ماتا جميعا ثم وقع الاختلاف بين الورثة فى الثمن فان كانت السلعة

مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يتحالفان وعند محمد يتحالفان وان لم تكن مقبوضة يتحالفان بالاجماع وهذا بناء على الفصل الاول فان الوارث يخلف الميت كما أن القيمة تخلف العين فكما أثبت محمد رحمه الله حكم التحالف والفسخ عند هلاك السلعة باعتبار ما يخلفها وهي القيمة فكذلك أثبت حكم التحالف عند موت العاقد باعتبار من يخلفه وهو الوارث اذا كانت السلعة قائمة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فرقا في الاصل بين هلاك السلعة قبل القبض الى ما يخلفها وهو القيمة بان قتل قبل القبض ثم اختلفا في الثمن وبين هلاكها بعد القبض في حكم التحالف فكذلك في موت العاقد فرقا بين ما قبل القبض وبين ما بعده لان هذا حكم ثبت بخلاف القياس بالنص وصاحب الشرع اعتبر اختلاف المتبايعين وقيام السلعة فقبل القبض وارث البائع في معنى البائع حكما لانه مطالب بتسليم السلعة فيمكن اثبات حكم التحالف فيه بالنص فاما بعد القبض وارث البائع ليس ببائع حقيقة ولا حكما فلم يكن هذا في معنى المنصوص عليه فيؤخذ فيه بالقياس وكذلك وارث المشتري على هذا ولا يقال الوارث يقوم مقام المورث في الاقالة والرد بالعيب فكذلك في الفسخ بالتحالف لان صحة ذلك منه باعتبار الخلافة في الملك لا في العقد ألا ترى ان الموكل يملك الاقالة والرد بالعيب باعتبار الملك وان لم يكن هو عاقداً حقيقة ولا حكما . قال (وان كانت السلعة في يد المشتري وقد ازدادت خيراً ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى يتحالفا فيفسخ العقد على العين لان الزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات عند محمد ولهذا قال لا يمنع بنصف الصداق في الطلاق وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة تمنع الفسخ كما تمنع بنصف الصداق عندهما واذا تعذر الفسخ امتنع التحالف لانه لا يفسخ العقد الا فيما ورد عليه العقد والزيادة الحادثة بعد القبض لم يرد عليها العقد ولا القبض المستحق بالعقد فلا يمكن فسخ العقد فيها فيمتنع الفسخ في الاصل لاجلها كالموهوبة اذا زادت في بدنها خير لا يملك الواهب الرجوع فيها بعد ذلك لهذا المعنى انه تعذر فسخ العقد عليه بهلاكه العبد في الزيادة فيتعذر في الاصل لان الزيادة لا تنفصل عن الاصل وعند محمد تعذر الفسخ في جميع المعقود عليه بهلاكه لا يمنع التحالف ففي البعض أولي وقد ذكر في المأذون أنهما لو تبايعا عبداً بالجارية وقبض الجارية وازدادت في بدنها ثم هلك العبد قبل القبض أو وجد به المشتري عيبا فرده فانه يسترد الجارية بزيادتها فهو

دليل محمد فى ان الزيادة المتصلة لاتمنع الفسخ عن العين وقيل هو قول محمد خاصة وبعد التسليم الفرق بينهما ان هناك سبب الفسخ قد تقرر وهو هلاك العين قبل القبض أو رده بالعيب وبتقرر السبب يثبت الحكم ضرورة فى محله وهو أصل الجارية ومن ضرورة ثبوت حكم الفسخ فيها ثبوته فى الزيادة لان الزيادة المتصلة بيع محض وثبوت الحكم فى البيع بثبوته فى الاصل وهنا سبب الفسخ التحالف ولم يتقرر لما بينا أن هـذا ليس فى معنى المنصوص من كل وجه فيمتنع التحالف بطريق القياس فيـه ومن ضرورته أن يجعل القول قول المشترى مع يمينه. قال (وان كانت الزيادة المتصلة غير متولدة فى الاصل كالصبغ فى الثوب والسمن في السويق) فكذلك الجواب فى حكم التحالف إنه علي الاختلاف الا أن عند محمد يفسخ العقد علي القيمة هنا أو المثل لان هذه الزيادة ليست من عين المعقود عليه فلا يثبت فيها حكم العقد. قال(وان كانت الزيادة منفصلة فإن كانت متولدة من العين كالجارية اذا ولدت أوجنى عليها فأخـذ المشترى أرشها فحكم التحالف على الاختلاف الذى قلنا) إلا ان عنـد محمـد يفسخ العقد على القيمة لان الزيادة المنفصلة المتولدة من العين تمنع الفسخ بالرد فى العيب عنده فكذلك بالتحالف فتكون الجارية كالهالكة وعند الشافعى رضى الله عنه الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد بالعيب فلا تمنع فسخ العقد على العين بالتحالف ولكنها ترد ويسلم الولد للمشترى وان كانت الزيادة المنفصلة غير متولدة كالكسب والغلة فانها لا تمنع التحالف وفسخ العقد على العين بالاتفـاق كما لا يمنع الفسخ بالاقالة والرد بالعيب وان انتقصت السلعة عند المشترى بعيب دخلها فالقول قول المشترى أيضاً لا أن يرضي البائع أن يأخذها ناقصة في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لان حدوث العيب في يد المشترى يمنع الرد بالعيب والاقالة الا أن يرضى به البائع فكذلك البيع انفسخ بالتحالف وعند محمد يتحالفان ثم يفسخ العقد على الغير ان رضي به البائع وان أبى فعلى المشترى رد القيمة كما لو كانت هالكة. قال(وان اختلفا فى الثمن وقد خرجت السلعة من ملك المشترى فهو على الخلاف) الذى بينا فيما اذا هلكت السلعة وكذلك ان كانت قد رجعت اليه لوجه غير الذى خرجت به من يده لان هذا ملك حادث فاختلاف أسباب الملك كاختلاف الاعيان فكما لا يجرى التحالف باعتبار رجوع عين آخر اليـه فكذلك باعتبار رجوع هذه العين بسبب مستقل. قال(وان كان البائع باعها من رجلين فباع أحدهما نصيبه من شريكه ثم اختلفـا فى الثمن فالقول قول المشترى) الذى باع نصيبه لزوال ملكه

المستفاد من جهة البائع ويجعل فى حقه كأنهما باعا ويتحالفان على حصة الآخر لقيام ملكه في النصف الذى استفاده من جهة البائع وقيل هذا قول أبي يوسف فاما عند أبي حنيفة لا يجري التحالف الا أن يرضى البائع لان أصله ان تعذر الرد فى نصيب أحدهما يمنع الفسخ في نصيب الآخر بسبب العيب أو الخيار على ما نبينه فى بابه ان شاء الله تعالى فيكون القول قولهما فى الكل الا أن يرضى البائع به فحينئذ يتحالفان على حصة الآخر وعند محمد التحالف يجري فى الكل ثم فى حصة الذى باع يفسخ العقد على القيمة وفى حصة الذى لم يبع يفسخ العقد على العين . قال (واذا اختلفا البائع والمشترى فى الاجل فالقول قول البائع ولا يتحالفان)عندنا و(قال) زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفان لان هذا فى معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل أنقص من الحال في المالية ولكنا نقول اختلفا في مدة ملحقه بالعقد شرطا فيكون القول قول من ينكرها ولا يجرى التحالف كما لو اختلفا فى خيار الشرط وهذا لان حكم التحالف عرف بالنص وانما ورد النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ما يتم به العقد فلم يكن في معنى المنصوص فأخذنا فيه بالقياس وجعلنا القول قول البائع سواء أنكر زيادة الأجل أو أنكر أصل الأجل وفرق بين هذا وبين الأجل في باب السلم فان هناك القول قول من يدعى الأجل عند أبي حنيفة وهنا القول قول من ينكر الاجل من قبل ان هناك الاجل من شرائط صحة العقد فاقراره بالعقد اقرار به وبما هو من شرائط العقد فاذا أنكر الاجل بعد ذلك فقد رجع عن الاقرار بعد ما أقر به فلا يصدق فأما هنا الاجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته لان العقد يقتضى أيضا الثمن والمعقود عليه فى المجلس فالمشترى يدعى عليه التأخير وهو منكر فكان القول قول المنكر . قال(وان اتفقا على الاجل واختلفا فى نصيبه فالقول قول المشترى) لان الاجل حقه وهو منكر استيفاء حقه . قال (وان قال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها مع هذا الوصيف بخمسين دينارا وأقاما البينة فهما جميعا للمشترى) بمائة دينار وتقبل البينتان جميعا ويقضى بالعقدين لان كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه فبينة كل واحد منهما على ما أثبت من الزيادة فى حقه مقبولة وقيل هذا قول أبي حنيفة الآخر فأما في قوله الاول وهو قول زفر يقضي بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا اذا استوت قيمتهما وقد قررنا هذا في نظير هذه المسئلة فى شرح الاجارات . قال (ولو قال البائع بعتك هذه الجارية لعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها

منك بمائة دينار واقاما البينة لزمه البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون المشتري) لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولي بالقبول ولانه يثبت ببينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي. قال (واذا اشترى عبدا بثوبين وتقابضا ثم استحق العبد أو وجد به عيبا فرده وقد هلك أحد الثوبين فانه يأخذ الباقي وقيمة الهالك) لان العقد انفسخ باستحقاق العبد أورده بالعيب فعلى قابض الثوبين ردهما لانه قبضهما بحكم العقد وهو في القائم فيهما القادر على رد العين وفي الهالك عاجز عن رد العين فيلزمه رد قيمته وكذلك لو هلكا فعليه رد قيمتهما لانه تعذر رد العين مع تقرر السبب الموجب للرد فتجب القيمة كالمغصوب والقول في القيمة قول الذي كانا في يديه لان القيمة دين في ذمته فالقول في بيان مقداره قوله. قال (ولو كان الثمن جارية فولدت من غير السيد ثم استحق العبد كان لصاحب الجارية أن يأخذها وولدها) لان باستحقاق العبد يبطل العقد من الاصل فتكون الجارية في يد القابض بمنزلة المقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بزوائدها وان كان قد دخلها عيب ينقصها أخذ معها النقصان أيضاً كما في المشتراة شراء فاسداً وهذا لانها مضمونة بالقبض والاوصاف تضمن بالتناول. قال (ولو كان الذي الجارية في يده أعتقها نفذ عتقه فيها) لانها مملوكة له فان بدل المستحق مملوك عند القبض بمنزلة المشتراة شراء فاسداً وعليه رد قيمتها مع الولد ان كانت ولدته قبل العتق لتعذر رد عينها بنفوذ العتق فيها. قال (ولو وجد العبد حراً كان عتق البائع في الجارية باطلا لان بدل الحر لا يملك بالعقد) فان الحر ليس بمال والبيع مبادلة مال بمال فعند انعدام المالية في أحد البدلين لا ينعقد البيع أصلا وبدون انعقاد البيع لا يثبت الملك بالقبض كما في المشتراة بميتة أو دم. قال (ولو اشترى العبد بثوبين وقبض العبد ثم هلك الثوبان قبل أن يقبضهما فعليه رد العبد) لفساد العقد بفوات القبض المستحق بالعقد فان أعتقه أو باعه قبل هلاك الثوبين أو بعده قبل أن يقضي القاضي بينهما بشيء فهو جائز لانه أعتق ملكه أما قبل هلاك الثوبين فلا اشكال وبعد هلاكهما وان فسد العقد فقد بقي الملك ببقاء القبض لان فساد العقد لا يمنع ثبوت الملك بالقبض ابتداء فلا يمنع بقاؤه بطريق الاولي ثم عليه قيمته لتعذر رد العين بعد ما فسد السبب فيه ولو تقابضا ثم استحق أحد الثوبين فقال الذي كان عنده الثوبان استحق أعلاهما ثمناً وقال الذي باعهما بل استحق أرخصهما ثمنا فالقول قول المشتري في الثوبين مع يمينه لانهما تصادقا

على انه لم يسلم لبائع الثوبين جميع العبد حين استحق أحد الثوبين وانما الاختلاف بينهما فى مقدار ما يثبت لبائع الثوبين من العبد وهو يدعى زيادة فى ذلك فعليه أن يثبتها بالبينة وان لم يكن لهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه. قال (وان قال البائع بعت منك هذا العبد الذى فى يدى بألف درهم وقال المشترى بل هذه الجارية بخمسين ديناراً فهنا كل واحد منهما مدعى ومنكر حقيقة) لانه يدعي كل واحد منهما العقد فى عين آخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وان أقاما البينة قضى بالبيع فيهما جميعا بألف وخمسين ديناراً وقد بينا هذا في باب السلم وان قال المشترى ابتعت منك هذا العبد الذى فى يدى بألف درهم ونقدت الثمن وقال البائع مابعتك هذا العبد انما بعتك جارية بهذه الالف وقبضت الثمن ودفعتها اليك فكل واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه فان حلف البائع رد عليه العبد لان العقد قد انتفى بيمينه فيه وقد أقر ذو اليد انه كان مملوكا له فى الاصل واذا حلف الذى كان في يديه العبد ما اشترى الجارية فعلى بائعها رد الالف عليه وان قامت لهما بينة قضى بالبينتين وعلى المشترى أداء ألف أخرى. قال (رجل اشترى عدل زطى وأقر أنه زطى ولم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك يرده فقال وجدته كرابيس لم يصدق والثمن له لازم) لانه مناقض فى دعواه والمناقض لاقول له ولان بسبب خيار الرؤية انما يتمكن من الفسخ اذا أحضر المعقود عليه والذى أحضره كرابيس والمعقود عليه زطى بزعمه فلا يتمكن من فسخ العقد على غير المعقود عليه بخيار الرؤية وان قال لا أدرى أزطى هو ام لا ولكنى أخذته على قولك فانظر ثم جاء يرده فقال وجدته كرابيس كان مصدقا في ذلك مع يمينه لان المشترى ينفرد بفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط واذا انفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط بقي المقبوض فى يده ملك البائع فالقول قوله فى تعيينه ضامنا كان أو أمينا وهذا لانه غير مناقض فى كلامه هنا بل منكر لقبض الزطى فالقول قوله مع يمينه وفى الاول هو مناقض في كلامه لانه أقر بقبض المعقود عليه وهو الزطى فلا يقبل منه قوله بخلاف قوله ذلك. قال (ولو اشترى ثوبا فقال البائع هو هروى وقال المشترى لاأدرى وقد رآه ولكنى أخذته على ما يقول ثم جاء يرده وقال وجدته يهوديا لم يصدق) لانه كان قد رأى المعقود عليه فليس له فيه خيار الرؤية بعد ذلك بقي دعواه حق الرد لنفسه على البائع فى هذه العين والبائع منكر لذلك فلا يقبل قوله كما ادعى المشترى العيب بالمعقود عليه الا بحجة. قال (واذا نظر الي العدل مطويا ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يرده الا بعيب) لانه

قد رأى طرفا من كل ثوب ورؤية جزء من المعقود عليه كرؤية الكل فى اسقاط خيار الرؤية الا أن يكون في طى الثوب ماهو مقصود كالطراز والعلم فحينئذ لا يسقط خياره ما لم ير ذلك الموضع لان مالية المعقود عليه تختلف باختلاف المقصود والمقصود بالرؤية العلم بمقدار المالية . قال (واذا اشترى خادمة على أنها خراسانية فوجدها سندية كان له أن يردها فهذا بمنزلة هذا العيب فيها) لان العبيد جنس واحد لاتحاد الاصل وتقارب المقصود الا أن الخراسانيات أكثر مالية من السنديات فانما فات زيادة صفة مشروطة وذلك بمنزلة العيب في اثبات حق الرد كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسن ذلك العمل والله أعلم بالصواب

-﴿ باب الخيار فى البيع ﴾-

﴿قال﴾ رحمه الله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام) وفي رواية بخير النظرين ففيه دليل جواز اشتراط الخيار فى البيع والمراد خيار الشرط ولهذا قدره بثلاثة أيام وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي الى شرط الخيار والمحفلة التى اجتمع اللبن فى ضرعها والمحفل هو المجمع واجتماع اللبنين في ضرعها قد يكون لغزارة اللبن وقد يكون بتحصيل البائع بان يسد ضرعها حتى يجتمع اللبن فى ضرعها فلا يتبين احدهما عن الآخر للمشترى الا بالنظر مدة وذلك ثلاثة أيام لانه اذا حلبها في اليوم الاول لا يتبين له شيء وكذلك في اليوم الثانى فلعل النقصان تعارض فاذا حلبها في اليوم الثالث وكان مثل اليوم الثانى علم أن لبنها هذا القدر وأن الزيادة في اليوم الاول كان للتحفيل فيحتاج الى أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام حتى يدفع الغرور به عن نفسه فجوز له الشرع ذلك وجعله بخير النظرين ثلاثة أيام وأما اذا اشتراها بغير شرط خيار فليس له أن يردها بسبب التحفيل عندنا و(قال) الشافعى رحمه الله له أن يردها ويرد معها صاعا من تمر لاجل اللبن وكذلك لو اشترى ناقة فوجدها مصراة وهى التى سد البائع ضرعها حتي اجتمع اللبن فيه فصار ضرعها كالصراة وهى (الحوض) فليس له أن يردها والتصرية ليست بعيب عندنا و(قال) الشافعى رحمه الله له أن يردها بسبب التصرية والتحفيل وكذلك لو سود أنامل العبد حتى ظنه المشترى كاتبا أو ألبسه ثياب الخبازين حتى ظنه خبازاً وعن أبي يوسف فى الشاة المحفلة أخذ بالحديث وأقول يردها وفيما سوى ذلك أخذنا بالقياس واستدل الشافعى بالحديث وهو

حديث صحيح مشهور وعن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشتري شاة محفلة فهو يؤخر النظرين الى ثلاثة أيام ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها ورد معها صاعا من تمر وبعد ماصح الحديث فكل قياس متروك بمقابلته مع أن الحديث موافق للاصول لانه أثبت الخيار لغرور كان من البائع والتدليس والغرور يثبت للمشترى حق الرجوع كما لو اشترى صبرة حنطة فوجد فى وسطها دكانا أو اشتري قفة من الثمار فوجد فى أسفلها حشيشا ثم ذكر الايام الثالثة ليس للتوقيت فى خيار العيب بل لبيان المدة التى يظهر فيها العيب وأما رد التمر لمكان اللبن فلان ما كان موجوداً عند العقد من اللبن قد أتلفه المشترى أو فسد فى يده ولا يعلم مقداره ليرد مثله فأمره برد التمر مكانه للتحرز عن الربا فالقوت فيهم كان هو التمر واللبن فلهذا أقام أحدهما مقام الآخر وا كثر ما فيه ان هذا مخالف للقياس فيجعل كالمسكوت عنه فيبقى أول الحديث معمولا به واختلف أصحاب الشافعى فيما اذا سقى الدابة وعلفها حتى ظنها المشترى حاملا فمنهم من يقول له حق الرد اذا تبين أنها ليست بحامل للتدليس والغرور ومنهم من يقول ليس له حق الرد هنا لان اكتساب سبب هذا الغرور يجعل كالشرط فيما يجوز اشتراطه وشرط الحبل فى بيع الدابة لا يجوز فلا يجعل ذلك كالمشروط وأما شرط كون الناقة لبونا والعبد كاتبا أو خبازاً يجوز فيجعل البائع انما اكتسب من السبب كالشارط ذلك للمشترى وحجتنا فى ذلك ان مطلق البيع يقتضى سلامة المبيع وبقلة اللبن لا تنعدم صفة السلامة لان اللبن ثمرة وبعدمها لا تنعدم صفة السلامة فبقلتها أولي واذا ثبت صفة السلامة انتفى العيب ضرورة ولا يجوز أن يثبت الخيار للغرور لان المشترى مغتر لا مغرور فان ظنها عزيزة اللبن بالبناء على شيء مشتبة فان انتفاخ الضرع قد يكون بكثرة اللبن فى الضرع وقد يكون بالتحفيل وعلى ماظهر من عادات الناس احتمال التحفيل فيه أظهر فيكون هو مغتراً فى تباطنه على المحتمل والمحتمل لا يكون حجة وقد كان متمكنا من أن يسأل البائع ليبنى على النص الذى سمع منه فحين لم يفعل كان مغتراً ولئن كان مغروراً فلا يمكن أن يجعل هذا الشرط غزارة اللبن عندنا لان اشتراط ذلك مفسد للبيع كشرط الحمل فا كثر ما فى الباب أن يجعل ذلك بمنزلة جبر يجبره البائع أنها عزيزة اللبن من غير أن يجعل ذلك مشروطا فى العقد والغرور بالخبر لا يثبت حق الرجوع على الغار كمن أخبر انسانا بأمن الطريق فسلكها فأخذ اللصوص متاعه وانما

يثبت للمغرور حق الرجوع اذا كان مشروطا فى عقد الضمان ولم يوجد ذلك بخلاف الصبرة فقد شرط له أن جميع الصبرة حنطة وان جميع مافى القفة عنب فاذا وجده بخلاف ماشرط كان له حق الرد لذلك فأما الحديث (قلنا) من مذهبنا انه انما يقبل من أحاديث أبى هريرة رضي الله تعالى عنه مالا يخالف القياس فأما ما خالف القياس الصحيح فالقياس مقدم عليه لانه ظهر تساهله فى باب الرواية وقد رد ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بعض رواياته بالقياس نحو حديث الوضوء من حمل الجنازة فقال أيلزمنا الوضوء عن حمل عيدان يابسة ونحو الوضوء مما مسته النار حيث (قال) لو توضأت بما سخن كنت أتوضأ منه وهذا الحديث مخالف للكتاب والسنة والاصول من وجوه (أحدهما) ان ضمان المتلفات يتقدر بالمثل بالكتاب والسنة وفيما لا مثل له بالقيمة فان كان اللبن من ذوات الامثال فالواجب المثل والقول قول من عليه فى بيان المقدار وان لم يكن من ذوات الامثال فالواجب هو القيمة فاما ايجاب التمر مكان اللبن مخالف لما ثبت بالكتاب والسنة وفيه تسوية بين قليل اللبن وكثيره فيما يجب مكانه وهذا مخالف للاصول لان الاصل انه اذا قل المتلف قل الضمان واذا كثر المتلف كثر الضمان وهنا الواجب صاع من التمر قل اللبن أو كثر وهو مخالف للاصول من وجه آخر من حيث ان فيه توقيت خيار العيب فوجب رده لذلك ثم يحمله عن تأويل وان بعد للتحرز عن الرد فنقول يحتمل انه اشتراها على أنها عزيزة اللبن فكان العقد فاسداً بالشرط فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بردها مع ماحلب من لبنها لان المشتراة شراء فاسداً ترد بزوائدها وقد كان المشترى أكل اللبن فدعاهما الى الصلح ورد مكان اللبن صاعا من تمر بطريق الصلح فظن الراوى أنه ألزمه ذلك وقد يقع مثل هذا لمن قل فهمه من الرواة ولهذا لم يرو الحديث أحد من كبار الصحابة المشهورين بالفقه رضوان الله تعالى عليهم. قال (وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل رجلا من الانصار بالخيار فى كل بيع يشتريه بثلاثة أيام) واسم هذا الرجل حبان ابن منقذ وأبوه منقذ بن عمر فالاختلاف فى اسمه روى الحديث باللفظ الذى ذكرنا وقد كان يغبن فى البياعات لمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام وكان ألثغ باللام فكان يقول لاخزابة ففى الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار والقياس يأبى ذلك لان شرط الخيار تعلق العقد وعقود المعاوضات لا تحتمل التعليق

ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك ولكنا نقول تركنا هذا القياس للحديث ولحاجة الناس الي ذلك *فالبيع عقد معاينة والمقصود به الاسترباح ولا يمكنه تحصيل ذلك الا أن يرى النظر فيه ويريه بعض أصدقائه ليحتاج لاجل ذلك الى شرط الخيار فاذا كان يجوز بعض العقود لحاجة الناس كالاجارة ونحوها فشرط الخيار فى العقد أولى ثم أصل العقد لا يتعلق بالشرط لان الخيار صفة في العقد يقال بيع بات وبيع بخيار وبالصفة لا يتعلق أصل الموصوف وانما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى المعلق بالشرط لان الشرط لا يخلو السبب عن الحكم الا ان يتصل الحكم به فقد يجوز أن يتأخر الحكم عنه لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الاجل ثم خيار الشرط يتقدر بثلاثة أيام وما دونها ولا يجوز اكثر من ذلك في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقد (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وابن أبي ليلا يجوز اذا كانت المدة معلومة طالت أو قصرت لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فاذا شرط الخيار شهراً وجب الوفاء به لظاهر الحديث وعن عمر رضى الله تعالى عنه انه أجاز الخيار لرجل في ناقة شهرين والمعنى فيه أن هذا مدة ملحقة بالعقد شرطاً فلا تتقدر بالثلث كالأجل وهذا لان مازاد على الثلث كالثلث فى المعنى الذى لاجله جوزنا شرط الخيار ثم يعتبر هذا الخيار بخيار العيب والرؤية أو بنفس هذا العقد على عقد الكفالة فكما يجوز اشتراط الخيار هناك أكثر من ثلاثة أيام فكذلك يجوز هنا وأبو حنيفة استدل بالحديث فان النبي صلي الله عليه وسلم قدر الخيار بثلاثة أيام والتقدير الشرعى إما أن يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فاشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة اذ لو تمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وما نص عليه صاحب الشرع من التقدير لا يجوز اخلاؤه عن الفائدة لانه ما كان بحارق في بيان الاحكام ثم بسبب اشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر وبزيادة المدة يزداد الغرر وقد كان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلا وهو قياس يسده الأثر لانه صلي الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر الا أنا تركنا القياس فى مدة الثلاثة لورود الأثر فيه وجواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر وبه فارق الطفالة لانها تحتمل الغرر والخطر ألا ترى انه يجوز تعليق أصل الطفالة بان يقول مالك على فلان فهو علي وبه فارق خيار العيب والرؤية لانه لا يتمكن الغرر بسببه وفى حديث عمر

رضى الله تعالى عنه أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد خيار الرؤية والعيب وأنه اجاز الرؤية بعد الشهرين وكما أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) المسلمون عند شروطهم فقد (قال) أيضاً كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ثم جواز شرط الخيار لحاجة وهذه الحاجة ترفع بثلاثة أيام ففيما رآه حاجة وان شرط الخيار أربعة أيام فسد البيع في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى فان أسقط من له الخيار خياره قبل مجيء اليوم الرابع صح العقد عند أبي حنيفة ولم يصح عند زفر وهو بناء علي ماينا من الشراء بثمن الى الحصاد وهذا لان شرط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد وصل الخيار في اليوم الرابع بالايام الثلاثة وهو يعرض الفصل الخيار فى اليوم الرابع بالايام الثلاثة وهو يعرض الفصل قبل مجيء اليوم الرابع فاذا فصل بالاسقاط صار كأن لم يكن فأما اذا جاء اليوم الرابع قبل اسقاط الخيار فقد تقرر المفسد باتصال جزء من اليوم الرابع بالايام الثلاثة على وجه لا يقبل الفصل لان عمل الاسقاط فيما بقى لا فيما مضى فلهذا يتقرر الفساد به . قال (وان كان الخيار للمشترى ثلاثة أيام فمات قبل أن يختار فقد انقطع خياره ولزم البيع) وكذلك ان كان الخيار للبائع فمات البائع أو كان الخيار لهما جميعا فماتا فقد لزم البيع وأجمعوا انه اذا مات من عليه الخيار فان الخيار باق ولا يورث خيار الشرط عندنا و (قال) الشافعي يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه فى التصرف بحكم الخيار لان هذا حق لازم ثبت فى عقد بيع فيخلف الوارث فيه المورث كما فى ملك المبيع والثمن وحق الكفالة والرهن بخلاف خيار القبول فانه غير لازم ولا ثابت فى بيع منعقد وبخلاف الاجل فانه ليس بثابت في البيع ولكنه صفة الدين ثم الارث فيما ينتفع به الوارث أو المورث ولا منفعة لواحد منهما فى ابقاء الاجل فان ذمة الميت مرتهنة بالدين ما لم يقض عنه فلا نبسط يد الوارث فى التركة لقيام الدين على المورث فأما فى توريث الخيار فيه منفعة للوارث وللمورث جميعا فان الضرر والغبن يدفع به وربما يقولون هذا خيار ثابت فى عين مبيعة فيخلف الوارث المورث فيه كخيار العيب ولان البدل الذى من جانب من له الخيار يبقى علي ملكه ما بقى خياره والوارث يخالف المورث فيما كان مملوكا له فاذا كان الملك باقيا للبائع فى المبيع الى وقت موته انتقل الى وارثه ولا يبطل العقد بهذا الانتقال فمن ضرورة انتقال الملك الى الوارث مع بقاء العقد انتقال الخيار اليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف بحكمه وحجتنا ما (قال) فى الكتاب أن البيع منعقد مع الخيار وقد كان الخيار مشيئته

فى رده ولا يتحول بالموت مشيئته الى غيره لان ارادته ومشيئته صفة فلا يحتمل الانتقال منه الى غيره وانما يورث ما يحتمل الانتقال الى الوارث فأما مالا يحتمل الانتقال الى الوارث لا يورث كملكه فى منكوحته وأم ولده وكذلك العقد لا ينتقل الى الوارث لأنه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله الى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث فى الملك لا فى العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة *ألا ترى أن اقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل وانما يخلفه فى الملك الباقى بعد موته ولما انقطع خياره بالموت صارت العين مملوكة للمشترى ووارث البائع لا يخلفه فى ملك العين وهذا لان البيع سبب موجب للملك والخيار مانع فاذا سقط صار كأن لم يكن ولهذا ملك المشترى المعقود عليه بزوائده المتصلة والمنفصلة فأما خيار العيب لا نقول بانه يورث ولكن سبب لخيار يتقرر في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك جزء من المال مستحق للمشترى بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى فى حق الوارث لانه يخلف المشترى فى ملك ذلك الجزء *ألا تري أن الخيار قد يثبت ابتداء للوارث وان لم يكن ثابتا للمورث بأن يتغيب المبيع فى يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه الوارث بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد فى حق الوارث ولا يمكن التوريث له فيه ولان المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه لان الخيار يشترط للفسخ لا للاجازة وهو مالك للفسخ فى حق نفسه بدون شرط الخيار فانما يشترط الخيار ليفسخ العقد في حق صاحبه والمسلط علي التصرف فى حق الغير لا يقوم وارثه مقامه بعد موته كالوكيل بالبيع اذا مات بخلاف خيار العيب فالمقصود هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ماهو المستحق بالعقد حتى اذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة البيع من الثمن والوارث يخلف المورث فيما هو مال ولان هذه مدة ملحقة بالعقد شرطاً فلا تبقى بعد موت من هى له كالأجل فانه حق لمن عليه الدين قبل من له الدين فيبطل لموته ولا معنى لقوله بأن الاجل صفة الدين لان الدين حق المطالب والاجل حق المطلوب فكيف يكون صفة للدين وفى ابقاء الاجل فائدة فربما لا يكون فى تركته ما بديه ثم يصير عند حلول الاجل فيها وفاء بالدين يتم بتغير السعر أو يتصرف الوارث فى التركة لانه انما لا يبسط فى التركة يده اذا حل الاجل فاما اذا بقى الاجل قام الوارث مقام المورث في

التصرف فى التركة ومع هذا لم يبق الاجل فكذلك الخيار وكذلك اذا سكت من له الخيار حتى مضت الثلاثة أو ذهب عقله أو أغمى عليه أو ارتد فقتل أو مات لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار وقد تقرر ذلك بمضي المدة فلزم البيع وهذا لان الخيار المؤقت لا يبقى بعد مضى الوقت والبيع فى الاصل لازم وانما الخيار كان مانعاً من اللزوم فبأى وجه سقط صار كأن لم يكن . قال (وان كان الخيار للمشترى فهلكت السلعة فى يده لزمه الثمن وانقطع الخيار) لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين أشرفت السلعة على الهلاك فانها قد تعينت بذلك وليس له أن يردها بحكم الخيار الا كما قبضها فاذا عجز عن ذلك سقط خياره وتم البيع وتقرر عليه الثمن لكونه قابضا للمبيع وكذلك ان أصاب السلعة عيب عنده بفعله أو بفعل أجنبي أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع بنفسه لانه عجز عن رده كما قبض بأى وجه تعيب عنده يسقط خياره وكذلك ان كانت جارية فوطئها لان الوطء لا يحل الا فى ملك مستقر فاقدامه على وطئها من أدل الدلائل على الرضا باستقرار ملكه فيها وذلك لا يكون الا بعد سقوط الخيار وكذلك ان عرضها البيع لانه انما يعرضها على للبيع ليبيعها والبيع تصرف منه بحكم الملك ولا يكون ذلك الا بعد اسقاط الخيار ورضاه بقرار ملكه فيها وكذلك لو قال قد رضيتها لانه بالرضى يسقط حقه فى الرد ولا يلزم البائع شيء فالمبيع لازم فى جانب البائع وهو راض بتمامه ولو لم يكن شيء من ذلك ولكنه اختار ردها على البائع بغير محضر منه فليس ذلك بشيء وله أن يرضي بعد ذلك مالم يعلم البائع بفسخه فى الايام الثلاثة فان علم بعد ذلك تم الفسخ وليس للمشترى أن يرضى به بعد ذلك وان لم يعلم بفسخه حتى مضت الايام الثلاثة بطل ذلك الفسخ وتم البيع فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع فقال رده جائز بغير محضر من البائع وبغير علمه لان تصرفه يلاقى خالص حقه فيكون نافذاً كالزوج اذا طلق امرأته ثم راجعها بغير علمها والمعتقة اذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان اختيارها صحيحا وبيان الوصف ان الخيار خالص حق من له الخيار ولهذا لا يشترط رضا الآخر فى تصرف من له الخيار بحكم الخيار فكذلك لا يشترط حضوره واعتبر الفسخ بالاجازة وتقرير كلامه من وجهين (أحدهما) أن المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه والمسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل (والثانى) أن الخيار شرط ليدفع به الضرر عن نفسه فلو لم يكن متمكنا من الفسخ بغير

محضر من صاحبه يفوت مقصوده لان الآخر يخفي شخصه حتى تمضي مدة الخيار فيلزمه العقد شاء أو أبى ولهذا سقط اعتبار رضاه فكذلك يسقط اعتبار حضوره وهذا بخلاف خيار العيب فانه غير موقت فلو شرطنا حضور البائع فيه للفسخ لا يتضرر به المشترى من حيث سقوط خياره بمضي المدة ثم هناك المشترى غير مسلط على الفسخ وانما له حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت فاذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ فلا يتحقق عجزه الا بمحضر منه وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (قالا) انه بالفسخ يلزم غيره حقا فلا يبطل تصرفه في حق ذلك الغير مالم يعلم به كالموكل اذا عزل الوكيل حال غيبة لا يثبت حكم العزل فى حقه مالم يعلم به وبيان الوصف أن العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ ارتفع الانعقاد فى حق الآخر وحكم الفسخ ضد حكم العقد فعرفنا ان بتصرفه يلزمه غيره حقا وتأثيره أنه لا تمكن صاحبه من العمل بموجب الفسخ اذا لم يعلم به ولا يثبت حكم الخطاب فى حق المخاطب مالم يعلم به كما فى خطاب الشرع *يقرره أن البائع لا يطلب لسلعته مشتريا آخر بناء على ان البيع قد تم بمضي المدة فاذا جاء المشترى بعد ذلك فاخبره انه كان فسخ العقد فلو ثبت حكم الفسخ في حقه لتضرر البائع به وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشترى واذا لم يثبت حكم الفسخ قبل علمه في حقه فالمشتري وان تضرر ولكن هذا ضرر يلحقه لا من جهة البائع بل لعجز المشترى عن اتحاد شرط صحة الفسخ وهو بمنزلة خيار الرد بالعيب قبل القبض وهذا بخلاف الاجارة فانه لا يلزم البائع باجارته شيء وهو نظير الرضي بالعيب من المشترى فانه يصح بغير علم البائع لانه لا يلزمه شيء ولان العقد بشرط الخيار يصير غير لازم فى حق من له الخيار فيلتحق بالعقود التى هى غير لازمة كالوكالات والشركات والمضاربات وهو لا يملك فسخ هذه العقود بغير علم من صاحبه وان كان يملك فسخها بغير رضا صاحبه *وتقرير هذا الكلام من وجهين (أحدهما) أن تصرف المشروط له الخيار لا ينعقد فى حق صاحبه بتسليطه اياه علي ذلك وكيف يقال هو مسلط علي الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولكن انما يتمكن من الفسخ لان العقد غير لازم فى حقه وبانعدام صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه ولكن انما يتمكن من الفسخ بغير علمه كما فى الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لان الوكيل مسلط على التصرف من جهة الموكل بتسليطه اياه على التصرف

فوق علمه به * يوضحه ان اشتراط الخيار في العقود التي هي غير لازمة كالوكالة والشركة والمضاربة لايجوز ولو كان اشتراط الخيار ليتمكن به من الفسخ بغير علم صاحبه يصح في هذه العقود لكونه محتاجا اليه فحيث لم يصح عرفنا أن موجب الخيار دفع صفة اللزوم فيسقط وليس هذا كالطلاق فان الزوج بايقاع الطلاق لايلزمها شيء انما يرفع الحل الثابت له وكذلك في الرجعة لايلزمها شيء لان النكاح باق بعد الطلاق الرجعي علي حاله وقيل في خيار المعتقة ان فسخها لاينفذ الا بمحضر من الزوج فلا يسلم على هذا وبعد التسليم هناك ثبوت الخيار لدفع زيادة الملك لان ملك الزوج يزداد بحرمتها ودفعها زيادة الملك يكون امتناعا من الالتزام لاالزام الغير شيئا ولايتمكن من الامتناع من هذا الالتزام الا برفع أصل النكاح فثبت لها ولاية رفع النكاح لضرورة حاجتها الى دفع الزيادة عن نفسها ويوضحه انها مسلطة بتخيير الشرع اياها بقوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فيجعل كأن الزوج خيرها فلهذا صح اختيارها بغير محضر منه وهنا من له الخيار غير مسلط علي الفسخ من جهة صاحبه كما قررنا . قال (وان اختارت ردها عليه فعليه أو الأجارة بقلبه كان باطلا أيهما كان صاحب الخيار) لان ما يكون بالقلب فهو نية والنية بدون العمل لاتثبت الفسخ ولا الاجارة كما لاينعقد أصل العقد منها والاصل فيه قوله صلي الله عليه وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عن ماحدثت به أنفسهم مالم يعلموا أو يتكلموا . قال (ولو كان الخيار للبائع فماتت في يد المشترى فعليه قيمتها) وقال ابن أبي ليلى هو أمين فيها لانه قبضها باذن صاحبها ووجوب ضمان القيمة باعتبار تفويت شيء علي صاحبها وذلك غير موجود وان كان القبض برضاه ولا كنا نقول البائع مارضي بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم البيع وهذا لان الضمان الأصلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منه الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد ذلك حين شرط البائع الخيار لنفسه فيبقى الضمان الاصلي وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى لان هناك لما أشرف على الهلاك سقط خياره بعجزه عن الرد كما قبضه فيتم البيع وهو قائم فلزمه الثمن المسمى وهنا وان أشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لايجوز فكان مضمونا بالقيمة كذلك . قال (ولو كانت جارية فاعتقها البائع أو دبرها أو وطأها أو قبلها من شهوة او

كاتبها أو رهنها وسلمها أو وهبها وسلمها أو أجرها وسلم أو لم يسلم فهذا كله نقض للبيع * فأما العتق والتدبير والكتابة فلانه خرج المحل بتصرفه عن أن يكون محلا لابتداء البيع ولاثبات حكم البيع فيه ومن ضرورته انفساخ العقد وأما الوطء والتقبيل فدليل الرضا بتقرر ملكه ولا يكون ذلك الا بعد انفساخ البيع لان هذا تصرف لايحل الا فى الملك فلولم ينفسخ البيع به لكان اذا جاز البيع بعد هذا ملك المشترى المبيع من وقت العقد بزوائده فتبين ان وطأه فى غير الملك وذلك لايحل فاما بالهبة والتسليم فلانه أزال ملكه عن العين وبالرهن والتسليم أوجب للغير فيه حقا وبالاجارة يوجب للغير فيه حقا وذلك يمنعه من الزام البيع ولهذا شرط التسليم فى الرهن لان حق المرتهن لايثبت بدون القبض ولم يشترط ذلك فى الاجارة لانه يلزم بنفسه ثم فسخ العقد بهذا الاسباب صحيح بغير محضر من المشترى لان ثبوت الفسخ بطريق الحكم لابقصد التصرف الى ذلك فلا يتوقف على العلم كالموكل اذا اعتق العبد الذى وكل ببيعه ينعزل الوكيل وان لم يعلمه بخلاف ما اذا عزله قصداً ولو اختار البائع رد المبيع بغير محضر من المشترى فلا يتوقف على العلم كالموكل فهو على الخلاف الذى بينا وان اختار لزوم البيع والمشترى غائب فهو جائز لانه لايلزم المشترى بتصرفه مالم يلتزم فالبيع لازم فى جانب المشترى وانما يسقط البائع حق نفسه فى الفسخ بالاجارة وذلك صحيح منه بعد غيبة المشترى فليس له بعد ذلك أن ينقضه كما ولم يكن في البيع خيار لواحد منهما. قال (واذا اشترط أحد المتبائعين الخيار لانسان من أهله أو من غيرهم فهو جائز عندنا بمنزلة اشتراطه لنفسه و (قال) زفر لايجوز البيع بهذا لشرط لان خلاف مايقتضيه العقد فان خيار الشرط من حقوق العقد وحقوق العقد تثبت للعاقد فاشتراطه لغير العاقد خلاف مقتضي العقد فيكون مفسداً للعقد ولان هذا يتعلق بانفساخ العقد وابرامه بفعل الغير والبيع لايحتمل ذلك واعتبر خيار الشرط بخيار العيب والرؤية فان ذلك لايثبت لغير العاقد فكذلك هذا وحجتنا فى ذلك أن هذا في معنى اشتراط الخيار لنفسه منه لانه يجعل الغير نائبا عنه فى التصرف بحكم الخيار ولا يكون ذلك الا بعد ثبوت الخيار له ولهذا اثبتنا الخيار للشارط بهذا اللفظ ولو شرط الخيار لنفسه ثم وكل الغير بالتصرف بحكمه استقام ذلك وهذا لان جواز اشتراط الخيار للحاجة الي دفع الغبن وقد يشترى الانسان شيئا وهو غير مهتد فيه فيحتاج الى شرط الخيار لمن يكون مهتديا

فيه من صديق أو قريب حتى ينظر اليه فلاحاجة الى ذلك جعلناه كاشتراط الخيار لنفسه . قال (واذا هلكت السلعة في يد البائع وله الخيار أو للمشتري فلاضمان على المشتري فقد بطل البيع) لفوات القبض المستحق بالعقد كما لو كان البيع باتا وان كان في البيع خيار للبائع أو للمشتري فجاء به المشتري ليرده فقال البائع ليس هو الذي بعتك فالقول قول المشتري فيه لانه ينفرد بالفسخ بخياره فيبقى ملك البائع في يده والقول في تعينه قوله أمينا كان أو ضامنا لان المشتري قابض والاصل أن القول قول القابض في المقبوض أمينا كان أو ضمينا كما في الغاصب وكذلك ان كان غير مقبوض وأراد البائع أن يلزمه فقال المشتري ليس هذا الذي بعتني فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه البيع الا أن تقوم عليه بينة أنه هو المبيع فيلزمه ان لم يكن له خيار وان كان له خيار رده ان شاء لان البيع اذا كان فيه شرط الخيار للبائع فهو في حكم الملك كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وكان الزام المبيع اياه بمنزلة ابتداء التمليك من هذا الوجه والبائع يدعي ثبوت حق التمليك له في هذه العين والمشتري منكر دعواه ولو أنكر العقد أصلا كان القول قوله فكذلك هنا * يوضحه ان البائع لا يملك بحكم خياره الزام البيع الا اذا كان المبيع قائما في يده وقوله في تعيين المبيع ليس بحجة على المشتري في ايجاد الشرط وبدون التعيين لا يملك ايجاب البيع فيه فحال البائع الآن كحال المشتري اذا ادعى الرد بالعيب بعد القبض في أنه لا يقبل قوله في تعيين المبيع وبدون التعيين لا يتمكن من رده بالعيب بعد القبض . قال (وان شرط المشتري الخيار لغيره ثم آن زمن الخيار رد المبيع بمحضر من البائع جاز البيع) لانه قائم مقام المشتري في التصرف بحكم الخيار وكذلك لو كان المشتري هو الذي رده لما بينا أن شرط الخيار لغيره اشتراط منه لنفسه * وان قال المشتري قد أجزته وقال الذي له الخيار قد رددته فان سبق أحدهما فان تصرف السابق منهما أولى اذا كان ردا كان أو اجازة لان برد السابق منهما انفسخ العقد والمنفسخ لا تلحقه الاجازة وباجازة السابق منهما انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه ولو وجد الامر ان معا فالفسخ أولي لان الفسخ يرد على الاجازة والاجازة لا ترد على الفسخ فيترجح الفسخ باعتبار أنه عامل لاحقا كان أو سابقا كنكاح الحرة والامة اذا اجتمعا يقدم نكاح الحرة * وكذلك لو كان البائع شرط الخيار لبعض أهله * فقال قد أوجبت البيع * وقال الذي له الخيار لا أرضى فهو جائز وقد أشار في بعض نسخ البيوع الى أنه اذا أجاز

أحدهما وفسخ الآخر فما فعله العاقد أولى فسخا كان أو اجازة لان العاقد يتصرف بحكم ملكه والآخر بحكم النيابة عنه * وفقه هذا الكلام ان الحاجة الى الثابت للتصرف عند امتناع المنوب عنه عن التصرف بنفسه وذلك ينعدم اذا اقترن تصرفه بتصرف النائب ولكن الاول أصح وقد فسره في المأذون أن الفسخ أولى لما بينا ولان الخيار مشروط بالفسخ لا للاجازة والفاسخ منهما يتصرف بحكم الخيار تصرفا شرع الخيار لاجله فكان تصرفه أولى. قال (واذا كان الخيار للبائع أو للمشترى فالتقيا فتناقضا البيع ثم هلك عند المشترى قبل أن يقبضه البائع فعلى المشترى الثمن ان كان له الخيار والقيمة ان كان الخيار للبائع) لان تمام الفسخ بالرد على البائع كما ان استحكام البيع بالقبض ثم هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد فكذلك هلاكه بعد الفسخ قبل الرد واذا بطل الفسخ عاد الى ملك المشترى وهو في يده هلك فيهلك مضمونا عليه بالثمن اذا كان الخيار للمشترى واذا كان الخيار للبائع يكون مضمونا عليه بالقيمة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبالفسخ يرتفع العقد وبالهلاك في يد المشترى يرتفع الفسخ فيبقى الحال بعد الفسخ كالحال قبله وقبل الفسخ لو هلك في يد المشترى لايكون مضمونا عليه بالقيمة لانه مقبوض بجهة العقد فصار كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الفسخ بحكم الخيار يحتمل الفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز فينفسخ الفسخ بهلاك محله قبل حصول المقصود به وبعد الفسخ لايجوز فيه عقد عتق المشترى ولاشئ من عقوده * أما اذا كان الخيار للبائع فظاهر لان العقد على ملكه نفذ فكيف يجوز فيه عتق المشترى وكذلك اذا كان الخيار للمشترى لانه بفسخ المشترى يعود العبد الى ملك البائع ولكن يجوز فيه عتق البائع لانه عاد الى ملك البائع بمنزلة البيع بعد العقد قبل التسليم لماذكرنا قال (واذا اشترى الرجل عدل زطى برأس ماله ولم يعلم ماهو فالبيع فاسد) لجهالة الثمن عند العقد فان أخبره بذلك فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وقد بينا أن مراده اذا أخبر بذلك في المجلس فان حال المجلس كحال العقد * وكذلك ان اشترى برقمه فهو فاسد فان أخبره برقمه فهو بالخيار لينكشف الحال له لان البيع انما يظهر كونه رابحاً أو خاسراً في حقه اذا علم بالثمن فصار كما لو اشترى شيئا لم يره ثم رآه كذلك ههنا. قال (وان استهلكه المشترى قبل أن يجيزه فعليه القيمة) لانه في يده بحكم عقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر الرد وبعد الاستهلاك لايمكن

تصحيح العقد فيه باعدام رأس ماله لانعدام المحل فان تصحيح العقد بازالة المفسد نظير الاجازة فى البيع الموقوف فكما لا ينفذ البيع بالاجازة الا عند قيام المحل فكذلك لا يصح باقامة المفسد بعد هلاك المحل . قال (واذا كان البائع والمشترى جميعا بالخيار لم يتم البيع باجازة أحدهما حتى يجتمعا عليه) لان الذى أجاز منهما اسقط الخيار فصار كما لو لم يشترط الخيار لنفسه في الابتداء فيبقى خيار الآخر وبقاء خيار الآخر يكفى للمنع من انبرام العقد . قال (وقد بينا أنه اذا اشترى عبداً على انه ان لم ينقد الثمن الي ثلاثة أيام فلا بيع بينهما انه جائز) استحسانا فرع عليه * وقال فان أعتقه ثم لم ينقد الثمن حتى مضت ثلاثة أيام فالعتق جائز وعليه الثمن لان هذا فى معنى اشتراط خيار المشترى لنفسه وخيار المشترى لا يمنع نفوذ عتقه عندهما لانه مالك وعند أبى حنيفة رضى الله عنه خيار المشترى يمنع دخوله فى ملكه ولا يمنع نفوذ العتق لانه متمكن من اسقاط خياره بتصرفه فاذا سقط خياره تقرر عليه الثمن المسمى نقده في الايام الثلاثة أو لم ينقده ولان امتناعه من أداء الثمن فى آخر جزء من الايام الثلاثة بمنزلة فسخ البيع لانه نفى البيع عن ذلك بقوله فلا بيع بيننا وبعد الاعتاق هو لا يملك الفسخ فنقده الثمن وعدم نقده فى الحكم سواء . قال (وان كان المشترى اثنين وهما بالخيار فاختار أحدهما رده والآخر امساكه فليس لواحد منهما أن يرد حصته دون الآخر) فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه (وقال) أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله تعالى له ذلك * وكذلك الخلاف في الرد بخيار الرؤية وخيار العيب بأن اشتريا شيئا لم يرياه ثم رأياه فأراد أحدهما أن يرده فليس له ذلك عنده * وعندهما له ذلك وكذلك اذا اشتريا شيئا فوجد أحدهما به عيبا فأراد أن يرده فهو على الاختلاف وهما يقولان الراد منهما يرد ما اشترى كما اشترى فيتمكن من ذلك وان لم يساعده الآخر عليه كما لو كان العقد في صفقتين * وتحقيقه ان الرد يلاقى ملك المشترى والمبيع فى ملك المشتريين متفرق فصار نصيب كل واحد منهما كعقد علي حدة وبه فارق القبول لان القبول يلاقى ملك البائع والقبض يلاقى يد البائع وهو مجتمع فى ملكه ويده فلا يكون لاحدهما أن يفرقه عليه وهو نظير الشفعة فان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لان أخذه يلاقى ملك المشترى ولو كان البائع اثنين والمشترى واحداً لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين لهذا المعنى لان أخذه يلاقى ملك المشترى وملك المشترى مجتمع لانه واحد وان كان البائع اثنين

وكل واحد منهما شرط الخيار لنفسه ليكون متخيراً مستبداً بالتصرف فيما يرجع الي دفع الضرر عنه ولو لم يكن له حق الفسخ اذا لم يساعده الآخر على ذلك فات عليه مقصوده وربما يكون فى الاجازة لاحدهما ضرر وللآخر نظر فكما لا يكون للفاسخ أن يلزم شريكه ضرر تصرفه بالفسخ فكذلك لا يكون للمجيز أن يلزم شريكه ضرر تصرفه للاجازة* يوضحه أن الراد منهما ماثبت له الخيار الا فى نصفه ولو اشترى العبد كله علي انه بالخيار فى نصفه كان له أن يرد النصف بحكم الخيار*فاذا اشترى النصف وما ثبت له الخيار الا فى نصفه فهو أولى *وأبو حنيفة يقول ان الراد منهما يرد نصيبه بعيب لم يكن ذلك عند البائع وليس له حق الرد بعيب حادث بسبب الخيار كما لو تعيب في يده وهذا لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه ولكن يلحق الضرر بغيره وليس له أن يلحق الضرر بغيره * وبيان الوصف أن المبيع خرج من ملك البائع جملة فاذا رد أحدهما النصف فانما يرد النصف معيبا بعيب الشركة فان الشركة فيما يضره التبعيض عيب فاحش ولهذا يرد الصداق به والرجوع في معرفة العيب الى العرف فالاشقاص فى العادة لا يشترى بمثل ما يشترى به فى الاشخاص*فعرفنا انه يتضرر البائع بالرد عليه والبائع أوجب العقد لهما جملة وذلك لم يكن منه رضا بعيب التبعيض بدليل انه لا يملك أحدهما القبول دون الآخر ولو قبلا ثم نقد أحدهما حصته من الثمن لا يملك قبض حصته من المبيع ولو كان البائع راضيا بعيب التبعيض لملك ذلك أحدهما وان كان الملك واليد في جانب البائع مجتمعا لوجود الرضا منه بذلك ولكن كان راضيا بعيب التبعيض فانما يرضى به فى ملك الغير وذلك لا يدل على أنه رضى به فى ملك نفسه * الا ترى ان المشترى لو زوج المبيعة ثم وجد بها عيبا لا يردها لانها تعيبت بعيب النكاح وقد سلطه البائع علي تزويجها وذلك أقوي من الرضي بتصرفه ولكن انما يرضى به في ملك الغير لا فى ملك نفسه ولا يقال بأن هذا العيب حدث في يد البائع لان تصرف الملك ثبت بالعقد قبل القبض لانه وان حدث فى يد البائع فانما حدث بفعل المشترى والمشترى اذا عيب المعقود عليه فى يد البائع لم يكن له أن يرده بحكم خياره الا أن هذا العيب بعرض الزوال بأن يساعده فى الرد على الرد واذا انعدم ذلك ظهر عمله في المنع من الرد ولا معنى لما قالا ان فى امتناع الرد ضرراً علي الراد لان هذا ضرر يلحقه بعجزه عن ايجاد شرط الرد لا بتصرف من الغير ولان مراعاة جانب البائع أولى لان البائع يتضرر بتصرف الراد

والزاد لا يتضرر بتصرف باشره البائع ثم هذا في الرد بالعيب يتضح فان في مراعاة جانب المشتري ابطال حق البائع وليس في مراعاة جانب البائع ابطال حق المشترى لانه يرجع بحصة العيب من الثمن فلهذا كان اعتبار جانب البائع أولى وليس هذا كما لو شرط الخيار في نصفه فالبائع هناك رضي بعيب التبعيض حين شرط الخيار في النصف مع علمه أن الخيار يشترط للفسخ وهنا مارضي بذلك لانه شرط الخيار في الكل وانما ثبوت الخيار لكل واحد منهما في النصف بمقتضي قوله وملكه لا ينتقص من البائع على ذلك وهو نظير مالو أوجب البيع في النصف صح قبول المشترى في ذلك النصف واذا أوجب البيع لهما في الكل لا يصح قبول أحدهما في النصف . قال (وان اشترى شيئا على أنه بالخيار الى الغد أو الى الليل أو الى الظهر فله الغد كله والليل كله ووقت الظهر كله) في قول أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له الخيار الى طلوع الفجر أو الى أن تغيب الشمس أو الى أن تزول الشمس ولا تدخل الغاية في الخيار عندهما لان الغاية حد والحد لا يدخل في المحدود كما لو * قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط لا يدخل الحائطان في البيع وهذا لان الحد غاية ومن حكم الغاية أن يكون ما بعده بخلاف ما قبله لكن هذا انما يتحقق فيما يكون بعضه متصلا بالبعض كما في المساحات والأوقات وهي مسئلتنا فاما في الاعداد لا يتحقق هذا لانه ليس بينهما اتصال ليكون حداً فلهذا جعلنا المعتبر هناك أكثر الاعداد ذكرا حتى اذا قال لامرأته أنت طالق من واحدة الى ثلاث تطلق ثلاثا واذا قال لفلان على من درهم الى عشرة يلزمه عشرة فاما الاوقات يتصل بعضها ببعض فيتحقق فيها معنى الغاية بيان ذلك في قوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) ومن حيث الاحكام اذا باع بثمن مؤجل الى رمضان أو أجر داره الى رمضان أو حلف لا يكلم فلانا الى رمضان لا يدخل الحد فاما الموافق في قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) فانما عرفنا دخولها بفعل النبي صلى الله عليه وسلم حين توضأ فادار الماء على مرافقه وبه يتبين ان الى بمعنى مع ولكنه نوع من المجاز لا يحمل الكلام عليه الا عند قيام الدليل عليه ولابي حنيفة في المسألة حرفان (أحدهما) ان البدل الذى في جانب من له الخيار باق على ملكه سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى والملك الثابت له بيقين لا يزال بالشك واذا كانت الغاية تدخل في الكلام وفي بعض المواضع ولا تدخل في بعض المواضع فلو لم تدخل الغاية كان فيه ازالة ملكه بالشك * يوضحه أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بالشرط وهو سقوط

الخيار فما لم يتيقن بوجود الشرط لا يثبت ماعلق به وفي موضع الغاية شك وعليه تخريج المسائل لابى حنيفة فان في وقوع التطليقة الثالثة شك وفي وجوب الدرهم العاشر في ذمته شك وفي مسألة الاجل البيع موجب ملك اليمين والاجل مانع من توجه المطالبة والمانع بالشك لا يثبت وفى الاجارة ملك الرقبة سبب لحدوث المنفعة على ملكه الا اذا ثبت الحق فيه لغيره وبالشك لا يثبت الحق للغير فتحدث المنفعة على ملك المؤاجر فسبب ملك الرقبة وفي اليمين اباحة الكلام أصل فلا تثبت الحرمة والمنع بالشك والاصل فراغ ذمته عن الكفارة فلا يشغلها بالشك فى موضع الغاية والحرف (الآخر) أن في كل موضع تكون الغاية لمد الحكم الى موضع الغاية لاتدخل الغاية كما فى الصوم لو * قال ثم أتموا الصيام الى الليل اقتضى صوم ساعة فقوله الى الليل لمد الحكم الي موضع الغاية وفى كل موضع ذكر الغاية لاخراج ماوراءها يبقى موضع الغاية داخلا كما في قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) لان مطلق الايدى فى الطهارة يتناول الجارحة الي الآباط ولهذا فهمت الصحابة رضوان الله تعالى عليهم باطلاق الأيدى في التيمم الايدى الى الآباط فكان ذكر الغاية لاخراج ماوراءها فيبقي موضع الغاية داخلا هنا ولو شرط الخيار مطلقا يثبت الخيار مؤبداً ولهذا فسد العقد فكان ذكر الغاية لاخراج ماوراءها فيبقى موضع الغاية داخلا وفى مسئلة الاجل ذكر الغاية لمد الحكم الى موضع الغاية لان الاجل للترفية فمطلق الاسم يتناول أدنى ما يحصل به الترفية * وكذلك في الاجارة فانها عقد تمليك المنفعة بعوض فمطلقها لا يوجب الا أدنى ما يتناوله الاسم وذلك مجهول ولاجل الجهالة يفسد العقد فكان ذكر الغاية لبيان مقدار المعقود عليه وذلك لمد الحكم الى موضع الغاية ولكن يدخل فصل اليمين على هذه الطريقة * وقد روى الحسن عن أبي حنيفة ان فى اليمين تدخل الغاية فيأخذ في اليمين على هذه الطريقة بتلك الرواية. قال (واذا اشترى شيئا لغيره بأمره واشترط الخيار له فقال البائع رضي الآمر وهو غائب لم يصدق على ذلك) لان البيع غير لازم للخيار المشروط للآمر والبائع يدعى لزومه ولو ادعي أصل البيع لم يصدق على ذلك الا بحجة * فكذلك اذا ادعى صفة اللزوم ولا يمين على المشترى فى ذلك لانه لا يدعي عليه الرضا وانما يدعيه على الآمر فلو استحلف المشترى على ذلك كان بطريق النيابة عن الآمر ولا نيابة فى اليمين ولانه لا يمين له فى هذه الدعوى على الآمر لو كان حاضراً فاذا لم يتوجه اليمين على من يدعى عليه الرضا فعلى وكيله أولى وانما لم يتوجه اليمين على الآمر لانه لا خصومة بين

البائع والآمر فان العقد لم يجر بينهما والاستحلاف ينبني على الدعوى والخصومة ولانه لو كان على الآمر يمين لم يكن للوكيل أن يرده حتى يحضر الآمر فيحلف كما فى الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع الرضا على الموكل لم يكن للوكيل أن يرده حتي يحضر الموكل فيحلف وهنا للوكيل أن يرده بغير يمين لان اشتراط الخيار للآمر اشتراط منه لنفسه وما لم يظهر المسقط لنفسه بخياره فهو متمكن من الرد فعرفنا ان بهذه الدعوى لا يتوجه اليمين على أحد واذا أقام البائع البينة ان الآمر قد رضى فالبيع لازم للآمر لانه أثبت ما ادعى من صفة اللزوم بالبينة والثابت بالبينة كالثابت معاينة والوكيل خصم فى اثبات ذلك عليه لانه نائب عن الموكل والاثبات بالبينة على الثابت صحيح ولان العقد جرى بينهما فيكون هو خصما في اثبات صفته عليه *ألا ترى انه لو كان شرط الخيار لنفسه كان خصما فى اثبات الرضي عليه فكذلك اذا شرطه للآمر وان لم يقم البينة وصدقه المشترى فيه *وقال الآمر فى الثالث بحضرة البائع قد أبطلت لزم البيع المشترى لان اقرار المشترى حجة عليه دون الآمر وقد أقر بلزوم العقد برضا الآمر فيجعل ما أقر به فى حقه كالثابت بالبينة فلا تمكن من الرد على البائع بعد ذلك وهو في حق الآمر كالمعدوم فاذا قال) في الايام الثلاثة بمحضر من البائع قد أبطلت البيع فقد أقر بما يملك انشاءه فلا تمكن التهمة فى اقراره بخلاف ما اذا قال ذلك بعد مضي المدة لانه أقر بما لا يملك انشاءه وما يلزم البيع وهو مضى الايام قبل ظهور الفسخ معلوم فلا يصدق فيما يدعى من الفسخ فى المدة *يوضحه ان اقرار الوكيل برضا الآمر بمنزلة مباشرته للعقد فى الابتداء بغير خيار ولو أمره بأن يشترى بشرط الخيار له فاشترى ولم يشترط الخيار لزمه دون الآمر فكذلك اذا أقر برضا الآمر بعد ما شرط الخيار. قال (واذا اشترى عدلا على انه زطى فيه خمسون ثوبا كل ثوب بكذا أو جماعته بكذا أو شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فأن أراد أن يرد بعضه دون بعض لم يكن له ذلك) لان خيار الشرط يمنع تمام الصفقة ألا ترى ان البدل الذى من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه فهو برد البعض يفرق صفة مجتمعة على البائع قبل التمام فليس له ذلك كما لو قبل العقد فى الابتداء فى البعض دون البعض فكذلك ما اشتراه صفقة واحدة من المكيل والموزون والعروض والحيوان وما يضره التبعيض وما لا يضره في ذلك سواء لان فى تفريق الصفقة قبل التمام ضرراً فان من عادة الناس ضم الجيد الى الرديء لترويج الرديء بثمن الجيد والمشروط له الخيار

يدفع الضرر عن نفسه ولا يملك الحاق الضرر بصاحبه . قال (ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيهما شاء ويرد الآخر جاز العقد) عندنا استحسانا وكذلك هذا فى ثلاثة أثواب وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد و(قال) زفر رحمه الله مازاد على الثلاث وما دون الثلاث فيه سواء فالعقد فاسد وهو القياس فى الثلاثة والاثنين لان المبيع مجهول فان المبيع أحد الثياب وهى متفاوتة فى نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت يمنع صحة العقد * ألا ترى انه لولم يسم لكل ثوب ثمنا كان العقد فاسداً لجهالة المبيع وكذلك لولم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسداً فكذلك اذا اشترط الخيار لان شرط الخيار يزيد فى معنى الغرور ولا يزيله * وجه الاستحسان ان هذا الجهالة لا تفضى الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وبحكم خياره يستبد بالتعيين والجهالة التى لا تفضى الى المنازعة لا تمنع صحة العقد كما اذا اشترى قفيزاً من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تفضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم لكل ثوب ثمنا لان هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول فانما فسد العقد لجهالة الثمن ثم الجهالة التى تتمكن بسبب عدم تعيين الثمن معتبر بالقدر الذى يتمكن بسبب شرط الخيار وذلك يتحمل فى الثلاث وما دونه ولا يتحمل فى الزيادة على ذلك فكذا هذا اعتباراً للمحل بالزمان وهذا لان احتمال هذه الجهالة لاجل الحاجة *فقد يشترى الانسان لعياله ثوبا ولا يعجبه أن يحمل عياله الى السوق ولا يرضي البائع بالتسليم اليه ليحمله الى عياله بغير عقد فيحتاج الى مباشرة العقد بهذه الصفة وهذه الحاجة مقصورة علي الثلاث لان كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة جيد ووسط وردئ فاذا حمل الثلاثة الى أهله تم المقصود فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه كما فعلنا ذلك في شرط الخيار ثم نص فى هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام وهو الصحيح لان هذا خيار ثبت بالشرط فلا بد فيه من اعلام المدة وان أطلق ذلك فى غير هذا الموضع من الكتب . قال (فان هلك أحدهما أو دخله عيب لزمه ثلثه ويرد الباقى وهو فيه أمين لانه عجز عن رد الهالك منهما بحكم الخيار فيتعين البيع فيه) وهذا لانه حين أشرف علي الهلاك فقد ثبت فى يده وعجز عن رده كما قبضه فيلزمه البيع فيه ثم يكون هالكا علي ملكه فاذا تعين البيع فى الهالك كان هو أمينا فى الآخر لانه قبضهما باذن البائع على أن يكون المبيع أحدهما دون الآخر فكان أحدهما بغير عينه مبيعا والآخر

أمانة لانه ماقبض الآخر للشراء فاذا تعيين البيع فى أحدهما تعيين البيع فى الهالك كان أميناً فى الآخر لانه قبضهما باذن البائع على أن يكون تعين الآخر للأمانة وفرق بين هذا وبين مااذا طلق احدى امرأتيه أوأعتق أحدعبديه ثم مات أحدهما تتعين الباقية للطلاق دون الهالكة وهنا تتعين الهالكة للبيع (قال) على القمى لافرق بين المسئلتين في الحاصل لان فى الفصلين مايهلك على ملكه أما الثوب فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقى للرد وفي الطلاق كذلك يهلك الهالكة علي ملكه حتى تتعين الباقية للطلاق الا ان الصحيح ماذكرنا ووجه الفرق أن الثوب لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد لانه عجز عن رد مااشترى كما اشترى فيتعين العقد فيه وتعين الباقى للرد ضرورة فأما فى الطلاق والعتاق حين أشرفت على الهلاك لم يتعين محلا لوقوع الطلاق عليها فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف مااذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الباقى لان العقد يتناولهما جميعا ألا ترى أنه يملك العقد فيهما فبعد ماتعذر عليه رد أحدهما لايتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد يتناول أحدهما ألا ترى انه لا يملك اتمام العقد فيهما فبعد ماهلك احدهما وتعيب كان له رد الباقى . قال (وان هلكا معاً فعليه نصف ثمن كل واحد منهما ان كان الثمن متفقا أو مختلفا) لان أحدهما بغير عينه مبيع لزمه ثمنه بالهلاك فى يده والآخر أمانة وليس أحدهما لتعينه مبيعا بأولى من الآخر لان حالهما قبل الهلاك سواء فبعد الهلاك لا يتحقق تعين البيع فى احدهما فللمعارضة قلنا فيستتبع حكم الامانة وحكم البيع فيهما فيكون هو أمينا فى نصف كل واحد منهما مشتريا نصف كل واحد منهما ولان كل واحد من الثمنين يلزمه من وجه دون وجه فلهذا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما . قال (وان كانا قائمين بأعيانهما وأراد ردهما فله ذلك لانه أمين في احدهما فرده بحكم الامانة وفي الآخر مشترى قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فان اختار أحدهما لزمه ثمنه) لانه عين البيع فيه والتزمه باختياره فيلزمه ثمنه وكان فى الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا . قال (واذا اشترى جاريتين احداهما بالف والأخرى بخمسمائة علي أن يأخذ أيهما شاء ويرد الأخرى فاعتقهما فى كلمة واحدة فانه يخير فايتهما اختار وقع العتق عليها ويرد الأخرى) لان عتقه نفذ فى احديهما وهى المشتراة

منهمافان اعتاق المشتري في المشتراة بشرط الخيار له صحيح فيسقط الخيار فيها والاخري كانت أمانة عنده فاعتاقه اياها باطل فاذا عرفنا نفوذ العتق منه في احديهما بغير عينها كان البيان في ذلك اليه لان الابهام كان منه فاذا عين احديهما تعينت هي للعتق ورد الاخرى كما لو كانتا مملوكتين له فاعتق احديهما بغير عينها . قال (ولو لم يعتقها ولكن حدث بهما عيب ولا يدرى أيهما أول فقال المشترى حدث العيب بالتى قيمتها خمسمائة أولا فالقول قوله) لانه كان الخيار له وكان متمكنا من تعيين البيع فيها فاذا زعم أن البيع تعين فيها بأن تعينت فى يده أولا وجب قبوله فى ذلك ويرد الأخرى ونصف قيمة عينها فى القياس لانهما لو هلكتا معا لزمه نصف بدل كل واحدة منهما فاذا تعينتا فقد فات جزء من كل واحدة منهما في الجملة والجزء معتبر بالجملة ثم كل واحد منهما يتردد بين الضمان والامانة فللتردد كان نصف مافات من كل واحد منهما فى ضمان المشترى وقوله في تعيين المبيع مقبول ولكن في اسقاط ما لزمه من ضمان العيب فى الاخرى غير مقبول فلهذا يرد نصف قيمة عينها وفي الاستحسان لا يرد شيئا من حصة عينها لان من ضرورة تعيين احديهما للبيع تعيين الاخرى للامانة وتعيين الأمانة فى يد الامين لا يوجب عليه شيئا من الضمان وهذا لان بالقبض مالزمه الا ضمان ثمن واحدة منهما ألا ترى انهما لو هلكتا لم يلزمه الا نصف ثمن كل واحدة منهما وقد وجب عليه كمال ثمن احديهما وهي التي عينها للبيع فلا يلزمه مع ذلك شيء من قيمة الأخرى . قال (وان حدث العيب بهما معا ردأيتهما شاء وأمسك الاخري بخلاف ما اذا هلكتا) لان الهالك ليس بمحل لابتداء البيع فيه فلا يكون محلا لتعيين البيع فيه والمعيب محل لابتداء البيع فيه فيكون محلا لتعيين البيع فيه أيضا فلهذا يبقى خياره بعد ما تعينتا معا اذ ليست احداهما بتعيين البيع فيها بالاولى من الاخرى ولكن ليس له أن يردهما بخلاف ما قبل التعيب لان العقد قد لزمه في المبيعة منهما بالتعيب وسقط خيار الشرط فيها فلهذا لا يتمكن من ردهما واذا رد احديهما فى القياس يرد معها نصف قيمة العيب وفي الاستحسان ليس عليه ذلك كما فى الفصل الاول . قال (وان حدث باحديهما عيب آخر بعد ذلك لزمه البيع) لان العيب الاول لما لم يؤثر في التعيين لاستوائهما فيه كان كالمعدوم فكأنه ماتعيب الا احداهما الآن وذلك موجب تعيين البيع لعجزه عن ردها كما قبضها ، وكذلك لو ماتت احداهما أو جنى عليها المشتري لزمته ورد الاخرى لان العيب الأول

صار كالمعدوم ولو ماتت احداهما فى يده أو جنى عليها قبل التعيب لزمه البيع فيها
ويرد الاخرى فهذا مثله وان أعتق البائع التي اختار المشترى لم يعتق لان باختيار المشترى
تعين البيع فيها فانما أعتق البائع مالا يملكه وان أعتقهما جميعا عتقت التى ترد عليه منهما
لان عتقه نفذ فى احديهما فان احديهما مبيعة خارجة عن ملكه وان كان للمشتري فيهاخيار
فلا ينفذ عتقه فيها والاخرى أمانة وهى باقية علي ملكه فينفذ عتقه فيها الا أن باعتاقه
لا يسقط الخيار الثابت للمشتري لان البائع غيرمتمكن من اسقاط خياره فيقال للمشتري
اختر أيتهما شئت فاذا اختار احديهما تعينت الاخرى للرد فينفذ عتق البائع فيها . قال (وان
اختار ردهما جميعا فعتق البائع انما ينفذ فى احديهما) لان احديهما ما كانت مملوكة له حين
أعتق فلا ينفذ عتقه فيها وان عادت اليه بعد ذلك واذا نفذ عتقه في احديهما بغير عينها كان
البيان فيه الى البائع . قال (ولو لم يعتق واحد من المولين شيئا منهماولكن المشترى وطأهما
فحبلتا ثم مات قبل أن يبين أيتهما اختار فان عرفت الموطؤة أولا فهى أم ولده) لان إقدامه
على وطئهاتعيين للبيع فيها واسقاط للخيار فان الوطء لا يحل الا فى الملك فاقدامه عليه دليل
تقريره الملك فيها *ألا ترى ماروى عن النبي صلي الله عليه وسلم انه لما خير بريرة رضى الله
تعالى عنها (قال) لها ان وطئك زوجك فلا خيار لك فقد جعل تمكينها نفسها من الزوج مسقطا
لخيارها واذا تعين بيعه فيها وقد استولدها كان عليه ثمنها وهي أم ولد له ويرد الاخرى
وولدها علي البائع ولا يثبت نسبه من المشترى لانه ليس له في الأخرى ملك ولا شبهة
ملك وعليه عقرها * وهذا لان الحدقد سقط بالشبهة صورة العقد والوطء في غير الملك
لا ينفك عن حد أو عقرفاذا سقط الحد لزمه عقرها وان لم يعلم أيتهما وطئت أولا فالقول
قول ورثته لانهم قائمون مقامه وهو لو بين الموطوءة أولا منهما وجب قبول بيانه *فكذلك
بيان ورثته بعده وهذا . لان ثمن الموطوءة أولا وجب على الوارث قضاؤه من التركة والقول
قوله فى بيان ما لزمه ثمنه فانهم ان قالوا لا نعلم لزم المشترى نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف
عقرها لانه ليست احداهما بتعيين البيع فيها بأولى من الاخرى فيتبع البيع فيهما ويلزمه
نصف ثمن كل واحدة منهما وقد لزمه عقر احديهما بالوطء وليست احداهما بذلك بأولي من
الأخرى فلزمه نصف عقد كل واحدة منهما وتسعى كل واحدة منهما فى نصف قيمتها
للبائع لان المبيعة منهما أم ولده وقد عتقت بموته وليست احداهما بذلك بأولى من الاخرى

فلهذا يعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى كل واحدة منهما فى نصف قيمتها للبائع لان حكم أمية الولد لا يثبت فيما هو ملك البائع منهما وكذلك يعتق أحد الولدين على المشترى وليس احدهما بذلك بأولى من الآخر فيعتق نصف كل واحد منهما ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته للبائع ولا يثبت نسب كل واحد منهما لان من ثبت نسبه من المشترى منهما مجهول وانما يثبت فى المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت فى المجهول . قال (واذا وطئها المشترى والبائع جميعا فادعى هو والمشترى ولديهما جميعا فالقول قول المشترى في التى وطئها أولا وهى أم ولده والولد ولده) لان خيار البيان كان للمشترى دون البائع فالمصير الى قوله بالتعيين أولى من المصير الى قول البائع ثم عليه عقر الاخرى لانه وطئها وهى مملوكة للبائع والاخرى وولدها للبائع ويثبت نسب ولدها من البائع لانه ظهر أنه استولدها في ملكه وعلي البائع عقر أم ولد المشترى لاقراره بأنه وطئها وقد سقط الحد عنه بالشبهة فلزمه العقر فيجعل العقر بالعقر قصاصا ويترادان الفضل ان كان فيه فضل وان مات البائع والمشترى قبل البيان فالقول قول ورثة المشترى لانهم قائمون مقامه ولان الثمن يلزمهم فان لم يعلموا لم يثبت نسب واحد من الولدين لا من البائع ولا من المشترى لان الثابت نسبه من كل واحد منهما مجهول والامتان وولدهما أحرار لان كل واحدة منهما أم ولد لاحدهما وقد عتقت بموت مولاها والولدان كذلك وعلى المشترى نصف ثمن كل واحد منهما لاجل التعارض والتساوى فان كل واحد من الثمنين يلزمه فى حال دون حال وعليه نصف عقر كل واحد منهما وعلى البائع كذلك نصف عقر كل واحد منهما وهذا قصاص لانه لا فائدة فى القبض والرد ولا الجاريتين والولدين بين البائع والمشترى لان كل واحدة عتقت منهما جميعاً . قال (واذا اختلف البائع والمشترى فى اشتراط الخيار فالقول قول الذى ينفيه منهما) لانه متمسك بمقتضى العقد وهو اللزوم ولان الخيار مانع لا يثبت الا بالشرط فالمدعى منهما يدعى شرطا زائداً والآخر ينكر . فالقول قول المنكر كما فى دعوى الاجل وان اختلفا في مقداره فالقول قول المقر باقصر الوقتين لان الثابت من الخيار ما وقع الاتفاق عليه واختلافهما في الزيادة على ذلك في هذا الفصل كاختلافهما فى أصل الخيار ف

الفصل الاول وان اختلفا في مضيه . فالقول قول الذى ينكر مضيه لانهما تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى أحدهما سقوطه بمضي المدة فلا يقبل قوله الا بحجة كما فى الأجل ولان البيع حادث فانما يحال بحدوثه الى أقرب الاوقات والذى يدعى مضى الخيار يسند البيع الى ماقبل هذه الساعة بثلاثة أيام فلا يصدق فى ذلك الا بحجة واذا لم يصدق فانما يظهر البيع بينهما في الحال فلا يكون مضى مدة الخيار الا بمضى أيامها. قال (ولو كان المبيع داراً وكان للبائع فيها خيار لم يكن فيها شفعة) لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فانه لا يتم رضاه بالسبب مع شرط الخيار وخروج المبيع عن ملكه يعتمد تمام الرضا به ووجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لان الشفعة لدفع ضرر سوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يكون الا بعد انقطاع حق البائع. قال (واذا كان الخيار للمشترى فللشفيع فيها الشفعة) لان حق البائع قد انقطع فقد تم البيع من جهته ووجوب الشفعة تعتمد لثبوت الملك للمشترى * ألا ترى أنه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان . وقال المشترى مااشتريتها كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولان المشترى قد صار أحق بها ملكا أو تصرفا فيتحقق ضرر سوء مجاورة الجار الحادث فكان للشفيع أن يدفع ذلك بالآخر . قال (واذا قال الرجل للرجل اذهب بهذه السلعة فانظر اليها اليوم فان رضيتها فهى لك بالف درهم . أو قال ان رضيتها اليوم فهي لك بالف درهم فهو جائز) على مااشترطا استحسانا وفى القياس هو باطل وهو قول زفر رحمه الله * وجه القياس انه صرح بتعليق الايجاب بشرط الرضا وايجاب البيع لا يحتمل التعليق بالشرط كما لو . قال ان تكلمت فهى لك بكذا * ووجه الاستحسان انهما أتيا بمعنى شرط الخيار يوما والمعتبر والمقصود هو المعنى فكأنه قال بعت منك على أنك بالخيار الى الليل وهذا لان حمل كلامه على الصحة واجب ما أمكن والتقديم والتأخير في الكلام محتمل وتصحيح الكلام بالتقديم والتأخير طريق في الشرع فكأنه قال هى لك بألف فان رضيتها اليوم والا فردها على . قال (واذا كان المشترى بالخيار فاستخدم الجارية فهو على خياره ثلاثة أيام) لأنه انما يشترط الخيار في شراء الرقيق لهذا حتى يستخدمه فى المدة فينظر أيوافقه أولا . وكذلك ان ركب الدابة ينظر الى سيرها أو لبس القميص ينظر الى قده عليه فهو على خياره لأنه لا يعرف مقصوده الا بالامتحان ولاجله يشترط الخيار والامتحان في الدابة بالركوب والسير وفى الثوب باللبس فان لبس بعد ذلك ثانيا فهذا منه رضا لان معنى الاختيار قد تم

باللبس الاول فالثانى يكون اختياراً . وكذلك ان سافر على الدابة فقد رضيها لان الاختيار لا يكون بالسفر على الدابة ولا يفعل ذلك الا فى الملك عادة فان الانسان لايسافر بدابة الغير عادة من غير كراء. وكذلك اذا سكن الدار فهو على خياره وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فاذا كان ساكنا فى الدار قبل الشراء فاستدام السكنى بعد الشراء لايسقط خياره فان انتقل اليها وسكنها بعد الشراء سقط خياره لانه لايكون ذلك اختياراً عادة بل يكون رضا بتقرر الملك. قال(واذا قبل جارية بشهوة ونظر الي فرجها بشوة فهو رضا) لان هذا الفعل لا يحل الا في الملك فاقدامه عليه دليل الرضي فتقرر ملكه فيها بمنزلة الغشيان. قال (وان كانت الجارية هي التى نظرت الى فرجه أو قبلته أومسته بشهوة فأقر المشترى أنها فعلت ذلك بشهوة لزمته الجارية أيضا وحرمت عليه أمها وابنتها) وكذلك هذا فى الرجعة وهذا قول أبى يوسف وقاسه علي قول أبى حنيفة رحمهما الله يعنى في الرجعة وأما فى قول محمد فلا يكون ماصنعت الجارية بالمشترى رضي منه لانه لم يصنع شيئا والخيار من المشترى انما يسقط باعتبار صنع أويوجد دليل الرضا منه وصنعها به لايكون دليل الرضا من المشترى بها وانما هو دليل رضا بكون المشترى مولى لها ولو صرحت بذلك أو أسقطت الخيار كان ذلك لغوا منها وليس هذا نظير مالو جنت على نفسها لان سقوط خيار المشترى هناك بعجزه عن ردها كما قبضها لا لفعلها* ألا تري أنها وان تعيبت من غير فعل أحد سقط خياره أيضا* وجه قول أبى يوسف رحمه الله أن فعلها به في الحكم كفعله بها بدليل الوطء فانه لو كان نائما فاستدخلت فرجه فرجها سقط خياره كما لو فعل بها. فكذلك دواعى الوطء* ألا ترى ان فى حرمة المصاهرة يسوى بين الوطء ودواعيه وبين فعلها به وفعله بها وهذا لان الفعل غير مسقط الخيار بنفسه بل بحكمه وهو أنه لايحل الا في الملك والحل باعتبار الملك يثبت من الجانبين فكما يسقط الخيار باعتبار هذا المعنى عند فعله بها* فكذلك عند فعلها به وبعد قيام الدليل الحكمى لا يبقى خياره وان انعدم رضاه كما لو تعيبت فى يده بفعله أوبغير فعله وكما عجز هناك عن ردها كما قبض فقد عجز هنا عن ذلك لانه اذا كان اشتراها من أبيه فقد اشتراها وهى حلال للأب وبعد هذا الفعل يردها وهى حرام عليه فيمتنع الرد كذلك والدليل عليه الرجعة فان المرأة اذا صرحت بالرجعة لم يصح ذلك منها ثم جعل فعلها به فى حكم ثبوت الرجعة كفعله بها فهذا مثله (قال) أبو يوسف رحمه الله وهذا فى الخيار أقبح

ولكن الكل قياس واحد يريد ان ملك الحل بسبب النكاح مشترك بين الزوجين ولا شركة بين المشترى والجارية فى حقوق عقد الشراء والملك الثابت ولكن الكل قياس واحد من الوجه الذى قررنا وانما يسقط اقرار المشترى انها فعلت ذلك من شهوة لان قول الامة غير مقبول فى اسقاط خياره واقرار المشترى بذلك حجة عليه * ألا ترى أن فى حرمة أمها وابنتها عليه يعتبر اقرار المشترى بذلك * فكذلك في سقوط خياره وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله تعالى أنها ان اختلست ذلك منه وهو كاره لم يسقط خياره وان مكنها من ذلك حينئذ يسقط خياره لوجود دليل الرضا منه لتمكنها من تقبيله أو مسه بشهوة • قال (واذا باع الوكيل خادما واشترط الخيار للآمر بأمره. فقال البائع يعنى الوكيل قد رضى الآمر. وقال الآمر مارضيت فالقول قول الآمر مع يمينه أنه مارضي لانه فى أصل التوكيل استثنى الرضا حيث أمره باشتراط الخيار له ولهذا لو باعه ولم يشترط الخيار له لم ينفذ بيعه فعند ذلك الوكيل يدعى عليه أنه ما عرف انه استثناه لنفسه والآمر ينكر. فالقول قوله مع يمينه بمنزلة ما لو أنكر أصل الأمر بالبيع • قال (وان اختلف الآمر والمشترى في الخادم وقد فسخ الآمر العقد بخياره فقال الآمر ليست هذه بخادمى. وقال المشترى هى الخادم التى اشتريت منك. فالقول قول المشترى) لان الآمر لما فسخ العقد بخياره فالخادم ملكه فى يد المشترى والقول في تعيين الملك قول ذى اليد أمينا كان أو ضامنا كالغاصب • قال (واذا لم يكن للخيار وقت فلصاحب الخيار أن يختار فى الثلاث فان مضت الثلاث قبل أن يختار البيع فالبيع فاسد) فى قول أبى حنيفة و(قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز ان اختار بعد الثلاث و (قال) زفر لا يجوز وان اختاره فى الايام الثلاث وهو بناء على ما تقدم ان عند أبى حنيفة اشتراط الخيار لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ومطلق اشتراط الخيار يقتضى التأبيد * ألا ترى أن ما لا يتوقت من الخيار كخيار العيب فانه يثبت على التأبيد ثم الاسقاط انما يعمل فى المستقبل دون الماضي فاذا سقط قبل مضى الايام الثلاثة عمل اسقاطه فى المستقبل وما مضى غير مناف لصحة العقد فكان العقد صحيحا عنده. واذا سقط بعد مجئ اليوم الرابع فا مضي كاف لافساد العقد واسقاطه غير ممكن • وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ما مضي غير معلوم فى نفسه وهو غير مناف لصحة العقد وعلى قول زفر العقد متى فسد لا طريق لتصحيحه الا الاستقبال ومشايخنا رحمهم الله تعالى مختلفون فى الحكم فى هذا العقد فى

الابتداء. فنهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحا باسقاط الخيار* والا وجه أن يقول الحال فيه مراعى وهو عقد غير منبرم فى الحال لان تأثير الخيار فى المنع من انبرام العقد لا فى افساد العقد وانما المفسد هو الخيار في اليوم الرابع وذلك لا يتصور الا بمدمضى الايام الثلاثة ما لم يتقرر عليه الفساد لا يتعين عليه صفة الفساد للعقد ويستوى ان أسقط المشتري خياره فى الايام الثلاثة أو أعتقه أو مات في يده أو تعيب فى انه يسقط خياره فى المستقبل باعتراض هذه المعانى ويجب عليه الثمن المسمى.. ذكره الكرخى فى جامعه الصغير وبهذا يتبين أن العقد غير محكوم بفساده قبل مجئ اليوم الرابع. قال (واذا اشترى عبدين أحدهما بألف والآخر بخمسمائة علي أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر فمات فقال البائع مات الذى بألف درهم قبل. وقال المشترى لا بل مات الذي بخمسمائة قبل) وكان أبو يوسف يقول أولا لم يصدق واحد منهما علي ماقال ويحلف المشترى ما يعلم انه مات الذى بألف أول مرة ويحلف البائع ما يعلم انه مات الذي بخمسمائة أولا فأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه فان حلفا لزمهما نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع أبو يوسف بعد ذلك. فقال القول قول المشترى الا أن يقيم البائع البينة وهو قول محمد *وجه قوله الاول ان كل واحد منهما يدعى علي صاحبه العقد فى مجلس آخر فيحلف كل واحد منهما علي دعوى صاحبه كما لو. قال بعت منك هذا العبد بألف. وقال المشترى انما اشتريت منك هذا العبد الآخر بخمسمائة وقد بينا فيما سبق ان كل واحد منهما فى هذا الفصل مدع ومنكر حقيقه فالهلاك لا يمنع جريان التحالف وانما يحلف كل واحد منهما على العلم لانه استحلاف علي ماليس من صنعه وهو الموت أولا فاذا حلفا فقد انتفا دعوى كل واحد منهما بيمين صاحبه وقد علمنا يقينا بلزوم البيع فى احدهما ووجوب ثمنه عليه وليس أحدهما بأولى من الآخر فيلزمه نصف ثمن كل واحد منهما أو لم يعلم التاريخ بين موتيهما يجعل كأنهما ماتا معاً فيتسع حكم البيع والامانة فيهما *ووجه قوله الآخر ان حاصل الاختلاف فى مقدار ماوجب للبائع على المشترى من الثمن فالبائع يدعى الزيادة فعليه أن يقيم البينة على ذلك والمشترى منكر لتلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه وليس هذا على أصل محمد نظير اختلاف المتبايعين فى الثمن بعدهلاك السلعة لان هناك كل واحد منهما يدعى عقدا آخر فالبيع بألف غير البيع بألفين علي ما بينا وهنا هما صادقان علي العقد بالثمن المسمى في كل واحد منهما وانما يختلفان في مقدار ما لزم المشتري من

الثمن المسمى فالقول قوله لانكاره الزيادة وان قامت لهما بينة لزمه ألف درهم لان بينة البائع تثبت الزيادة . وكذلك لو حدث بهما جميعاً عيب فاختلفا فى الذي أصابه العيب أولا وأقاما البينة فالبينة بينة البائع لاثبات الزيادة فى حقه قبل المشترى . قال (واذا اشترى عبداً على ان البائع بالخيار ثلاثة أيام فقطعت يده عند المشترى فالبائع بالخيار ان شاء ألزمه البيع وأخذ منه الثمن وان شاء أخذ منه عبده) لان التعيب حصل في ضمان المشترى وذلك لا ينافى خيار البائع ومحل الاجازة بعد القطع قائم فيبقى على خياره فان اختار أخذ العبد يخير في نصف القيمة بين أن يرجع به على الجانى أو على المشترى لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فالجناية من القاطع حصلت على ملكه ولكن فى ضمان المشترى بالقبض فيكون له الخيار فى التضمين كالعبد المغصوب اذا قطعت يده عند الغاصب فاذا اختار اتباع القاطع لم يرجع القاطع على المشترى لان القاطع ضمن بجنايته وان اختار اتباع المشترى فللمشترى أن يرجع به على القاطع لان ذلك الضمان تقرر عليه بجناية القاطع فيرجع به عليه كالغاصب وان كان البائع هو الذى قطع يده فهذا منه رد للبيع وليس له أن يلزمه البيع بعد ذلك لان اليد من الآدمى نصفه فهو قد استرد نصفه بقوله وفى الاسترداد بحكم الخيار العقد لا يتجزى وفسخه البيع فى النصف بالاسترداد يكون فسخا فى الكل فلهذا لم يكن له أن يلزمه البيع بعد ذلك . قال (وان اشترى جارية على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام فولدت عنده فقد انقطع خياره) لانها تعيبت بالولادة وكذلك لو وطئها هو أو غيره بفجور أو غير ذلك لان وطأه إياها دليل الرضا ووطء الغير اياها بالفجور تعييب لها * وقد بينا ان حدوث العيب فى ضمان المشترى مسقط لخياره المستوفي بالحكم فى حكم جزء من آخر العين لان المستوفى بالوطء مايملك بالنكاح والمملوك بالنكاح فى حكم العين ولهذا يثبت مؤبداً واستيفاء جزء من العين مسقط لخياره سواء كان المستوفي هو أو غيره . قال (مسلم اشترى من مسلم عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم ارتد المشترى فى الثلاثة والعياذ بالله فله أن يرد العبد ولا يوجب عليه الاسلام ولا الكفر شيئا) لان مشيئته لا تنقطع بردته ثم عندهما خياره لا يمنع دخول العبد فى ملكه فرده بالخيار بمنزلة الاخراج عن ملكه وذلك صحيح من المرتد عندهما . وعند أبى حنيفة خياره يمنع دخول العبد فى ملكه فهو بالرد يمتنع من التملك الا أن يملك غيره شيئا وردته لا تمنعه من ذلك ثم لا خلاف بين

أصحابنا رحمهم الله ان البدل الذى من جانب المشروط له الخيار لايخرج عن ملكه * وللشافعي فيه ثلاثة أقوال فى قول مثل هذا وفى قول يخرج ويدخل فى ملك الآخر لان العقد منعقد مع شرط الخيار فيثبت حكمه وهو الملك اذا الخيار لا ينافى ذلك كخيار العيب . وفي قول آخر يقول انه اذا أسقط الخيار تبين انه كان خارجا من ملكه الى ملك صاحبه من وقت العقد بناء على أصله أن الخيار مايقع بعد ما انعقد السبب موجبا للملك فاذا زال بسقوط الخيار تبين ان الملك كان ثابتا من وقت السبب * ووجه قولنا ان العين لا تخرج من ملكه بطريق التجارة الا بعد تمام رضاه وباشتراط الخيار ينعدم رضاه به والسبب بدون الشرط لايكون عاملا في الحكم كاليمين بالطلاق فانه سبب لوقوع الطلاق عند وجود الشرط فما لم يوجد الشرط لايثبت الحكم به وعند وجود الشرط لايتبين أن الحكم كان ثابتا قبله كما في حكم الطلاق وهذا معنى مايقول أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بسقوط الخيار وانما تثبت حقيقة الملك عند سقوط الخيار ولهذا لو كان المشترى أعتقه قبل ذلك لم ينفذ عتقه الا أن السبب المنعقد فى الاصل يسرى الى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونها محلا له فعند وجود الشرط كما يثبت الحكم فى الأصل يثبت فى الزوائد وأما البدل الذى من جانب الآخر على قول أبى حنيفة رضى الله عنه يخرج فى ملكه ولا يدخل فى ملك المشروط له الخيار وعندهما يدخل فى ملك المشروط له الخيار لان البيع لازم في جانب من لاخيار له فيتوفر على البدل الذى فى جانبه حكم البيع اللازم وهو الانتقال من ملك أحدهما الى ملك الآخر ولهذا خرج من ملكه ولو لم يدخل فى ملك صاحبه بقى مملوكا بلا مالك وذلك لايجوز وليس من حكم العقد الخروج عن الملك من غير دخول في ملك الغير * والدليل عليه ان المبيع اذا كان دارا والخيار للمشترى فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له حق الشفعة ولو لم يصير مالكا لها لما استحق بها الشفعة كخيار السكنى وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول من شرط الخيار لنفسه فقد استثنى الرضا فيما هو حكم العقد ودخول بدل صاحبه في ملكه من حكم العقد كما أن خروج البدل الذى من جانبه عن ملكه من حكم العقد فاذا لم يثبت أحدهما لانعدام الشرط . فكذلك الآخر لمعنيين (أحدهما) انه لو دخل العوض في ملكه بحكم العقد ولم يخرج المعوض عن ملكه اجتمع البدلان في ملك رجل واحد بحكم المعاوضة مع كونها بمحل النقل وذلك لايجوز و(الثانى) انه لو دخل فى ملكه من غير أن يخرج

البدل الآخر عن ملكه كان مالكا بغير عوض وليس هذا بموجب البيع ان ثبت الملك به بغير عوض واذا ثبت الملك له بغير عوض فلا يجوز أن يجب عليه العوض بعد ذلك اذن يكون ذلك عوضا يلزمه عن ملك نفسه * فالحاصل انهما بينا مذهبهما على اعتبار حال البدل وأبو حنيفة رضي الله عنه بنى مذهبه على اعتبار حال العاقد وأن الذى شرط الخيار لما استثنى الرضا لم يثبت حكم العقد أصلا في حقه لا في البدل الذى من جانبه ولا فى البدل الذى من جانب صاحبه واعتبار هذا الجانب أولي لما قررنا ووجوب الشفعة للمشترى بها لانه صار أحق بها تصرفا لانه ملكها بمنزلة العبد المأذون اذا بيعت دار بجنب داره يجب له الشفعة لهذا المعنى ولهذا لو أعتقه المشترى نفذ عتقه لانه صار أحق بالتصرف فيه واقدامه على الاعتاق اسقاط منه لخياره * ويتفرع على الأصل الذى بينا مسائل . منها أن من اشترى قريبه على أنه بالخيار ثبت خياره عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولم يعتق عليه لانه لم يملكه وعندهما عتق عليه لانه قد ملكه ولا خيار له فيه وكذلك لو قال ان ملكت هذا العبد فهو حر فاشتراه علي انه بالخيار بخلاف ما اذا قال ان اشتريته فهو حر لان عند وجود الشرط يصير كالمنشيء للعتق فاذا كان الشرط هو الشراء يجعل بعد الشراء كأنه أعتقه فلهذا يعتق عندهم جميعا وعلي هذا لو اشترى زوجته علي انه بالخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبى حنيفة ولو وطئها في المدة كان الوطء بحكم النكاح ولا يمنعه من ردها بخياره . وعندهما يفسد النكاح ولو وطئها فى المدة لم يكن له أن يردها بحكم خياره . ومنها أن المسلم اذا اشترى عصيراً على انه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه فتخمر في يده فعلى قولهما يسقط خياره لانه قد صار مالكا فلا يتمكن من رده بعد التخمر وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لم يكن مالكا فيفسد البيع بالتخمر لانه لو لم يفسد البيع لكان متملكا باسقاط الخيار بعد ما تخمر . وذلك لا يجوز وقيل فى هذا الموضع تتغير العين من صفة الى صفة فى ضمان المشترى فينبغى أن يسقط الخيار عندهم جميعا وانما هذا للاختلاف في ذمي اشترى من ذمي خمراً على ان المشترى بالخيار وقبضها ثم أسلم . فعندهما يسقط خياره لانه كان مالكا فلا يردها بعد اسلامه . وعند أبي حنيفة يبطل البيع لانه لم يكن مالكا ولو لم يبطل البيع تملكها عند اسقاط الخيار بحكم العقد بعد اسلامه وذلك لا يجوز . ومنها ان من اشترى جارية علي انه بالخيار وقبضها ثم ردها بحكم الخيار فعند أبي حنيفة رضى الله عنه لا يجب على البائع استبراء جديد لانه لم

يدخل في ملك غيره عنده وعندهما يجب ولو حاضت عند المشترى في مدة الخيار ثم أسقط خياره عند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يجتزى بتلك الحيضة من الاستبراء وعندهما يجتزى بها ومنها العبد المأذون اذا اشترى عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فأبرأه البائع من الثمن ثم أراد رده بخياره فله ذلك عند أبي حنيفة لانه لم يكن مالكا له فهو بالرد يمتنع من تملكه . وعندهما كان مالكا فلو رده بعد ما أبرأه عن الثمن يخرج العبد عن ملكه بغير عوض والعبد المأذون لا يملك ذلك . قال (نصرانى اشتري من نصرانى خمراً فلم يقبضها حتى أسلم أحدهما إما البائع أوالمشترى فلا بيع بينهما) استحسانا وفي القياس يبقى البيع بينهما صحيحا لان المشترى ملك الخمر بنفس العقد والاسلام لا يمنعه من قبضها *ألا ترى انه لو كانت خمراً مغصوبة له في يد غيره كان له أن يقبضها بعد الاسلام فكذلك في البيع * وجه الاستحسان ان الاسلام يمنع القبض هنا لان هذا القبض مشابه بالعقد من حيث انه يتأكد به ملك العين ويستفاد به ملك التصرف فكما ان الاسلام من أحدهما يمنع ابتداء العقد على الخمر فكذلك يمنع القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد يوضحه ان الطارئ بعد العقد قبل القبض من الزوائد يجعل كالموجود عند العقد حكما . فكذلك الطارئ من اسلام أحدهما يجعل كالموجود عند العقد . وكذلك السلم في الخمر يمين اذا أسلم نصرانى الى نصرانى فى خمر يجوز فان أسلم أحدهما قبل قبض الخمر فهو على هذا القياس والاستحسان وعن أبي يوسف انه (قال) في السلم أخذ بالاستحسان وفي مبيع العين أخذنا بالقياس لان القبض بحكم السلم يوجب الملك في غير المقبوض وهو نظير العقد فى أن اسلام أحد المتعاقدين يمنع العقد على الخمر فأما فى بيع العين القبض ناقل للضمان وليس بموجب ملك العين فهو بمنزلة استرداد المغصوب . قال(وان كان المشترى قبض الخمر ولم يرد الثمن حتى أسلما أو أسلم أحدهما فالبيع ماض والثمن عليه) لان حكم العقد ينتهى فى الحرام بالقبض والاسلام الطارئ لا يؤثر فى المنع من قبض الثمن * يقرره أن الاسلام اذا طرأ فانه يلاقى الحرمة القائمة بالرد والماضية بالعفو كنزول آية الربا على ما نص الله تعالي عليه بقوله (وذروا مابقى من الربا) أى مابقى غير مقبوض فعرفنا أن الاسلام المحرم اذا طرأ لايتعرض للمقبوض . قال (واذا اشترى الرجل عبدين بالف درهم علي ان أحدهما له لازم وهو فى الآخر بالخيار فهو فاسد) لان الذى لزمه العقد فيه منهما مجهول والزام العقد فى المجهول لا يجوز . وكذلك ان سمى لكل واحد منهما ثمنا فان لم

يبين الذي لزمه العقد فيه منهما فهذا فاسد أيضاً لما قلنا وان بين ذلك فحينئذ يجوز لان الذى لزمه العقد فيه معلوم وثمنه مسمى معلوم والذي له الخيار فيه معلوم فكأن العقد كان فى صفقتين متفرقتين فان اشترى أحدهما بعينه فى صفقة واحدة على انه بالخيار فيه والآخر فى صفقة من غير خيار ولو لم يكن الذى لزمه العقد فيه معيباً وقبضهما وماتا فى يده فهو ضامن لقيمتهما لانه قبضهما بحكم الشراء الفاسد فكل واحد منهما يكون مضمونا عليه بالقيمة والله أعلم بالصواب

باب الخيار بغير الشرط

﴿قال﴾ رحمه الله واذا اشترى الرجل جراب هروى أو زيتا فى زق أو حنطة فى جوالق فلم ير شيئا من ذلك فهو بالخيار اذا رآه عندنا و(قال) الشافعي رحمه الله ان لم يكن جنس المبيع معلوما للمشترى فالعقد باطل قولا واحداً وان كان جنس المبيع معلوما فله فيه قولان احتج فى ذلك بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر والغرر ما يكون مستورا لعاقبة وذلك وجود فيما لم يره وبنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان والمراد ما ليس بحاضر مرئيا للمشتري لاجماعنا على ان المشترى اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضراً عند العقد لانه لم يعرف من المعقود عليه الا الاسم فلا يجوز البيع كما لو قال بعت منك عبداً ولم يشر اليه ولا الى مكانه ومعنى هذا الكلام ان جميع أوصاف المعقود عليه مجهولة وطريق معرفتها الرؤية دون الخبر * ألا ترى أن العقد لا يلزم قبل الرؤية مع سلامة المعقود عليه والرضا بلزومه ولو كان الوصف طريقا للاعلام هنا لكان العقد يلزم باعتباره *يوضحه ان المقصود هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوما الا بالرؤية فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية فى افساد العقد كبيع الآبق فان المالية فى الآبق قائمة حقيقة ولكن لا يتوصل اليه للبعد عن اليد فيجعل ذلك كفوات المالية فى المنع من جواز البيع ولهذا لا يجوز بيع الجنين فى البطن وبيع اللبن في الضرع ولان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق معرفة المبيع فيما هو دين الوصف يعنى المسلم فيه وفي ما هو عين المشاهدة ثم ما هو الطريقة لمعرفة المعقود عليه في بيع الدين وهو الوصف اذا تراخى عن حالة العقد لم يجز العقد فكذلك ما هو الطريق للمعرفة في بيع العين وهو الرؤية

اذا تأخر عن حالة العقد لا يجوز العقد. وحجتنا فى ذلك ما روى فى المشاهير أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه والهاء فى قوله لم يره كناية فينصرف الى المكنى السابق وهو الشيء المشترى والمراد خيار لا يثبت الا بعد تقدم الشراء وذلك الخيار بين فسخ العقد والزامه دون خيار الشراء ابتداء وتصريحه باثبات هذا الخيار له تنصيص على جواز شرائه وهذا الحديث رواه عبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنهما وعطاء والحسن البصرى وسلمة بن المجبر رحمهم الله تعالى مرسلا عن النبي صلى الله عليه وسلم لشهرته والمعنى فيه ان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه كالمرئى وبيان الوصف انه مشار الى عينه فان الخلاف فى جارية قائمة بين يديه مبيعة فلاشك ان عينها معلومة بالاشارة اليها. وكذلك ان أشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها جارية وكونها مملوكة فلا طريق الى معرفة ذلك الأخير التابع له فانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد اخبرته وهذا لان خبر الواحد فى المعاملات يوجب العلم من حيث الظاهر ولهذا من علم شيئا مملوكا لانسان ثم رآه فى يد غيره يبيعه ويزعم انه اشتراه من الاول أو انه وكله ببيعه جاز له ان يشترى منه بناء علي خبره فاما نفى تقدم رؤيه وجهها الجهل بصفات الوجه وجواز العقد وفساده لا ينبنى على ذلك لان الجهل ببعض أوصافها لا يكون أكثر تأثيرا من فوات بعض الاوصاف بان كانت محترقة الوجه أو معيبة بعيب آخر وذلك لا يمنع جواز العقد وان كان يمنع لزوم العقد فكذلك الجهل لبعض الاوصاف * ألا ترى ان عدم المعقود عليه يمنع العقد والجهل بالمعقود عليه فى بعض المواضع لا يمنع العقد وهو انه اذا باع قفيزا من الصبرة فان عين المعقود عليه مجهول وجاز العقد فدل ان تأثير العدم فوق تأثير الجهل * يوضحه ان الجهالة انما تفسد العقد اذا كانت تفضى الى المنازعة كما فى شاة من القطيع فاما اذا لم تفض الى المنازعة لا تفسد البيع كبيع القفيز من الصبرة وجهالة الاوصاف بسبب عدم الرؤية لا تفضى الى المنازعة بعدما صار معلوم العين وانما تأثير هذه الجهالة فى انعدام تمام الرضا به وذلك شرط انبرام العقد لا شرط جوازه * ألا ترى أن البيع يجوز مع خيار الشرط ولا يلزم لانعدام تمام الرضا. وكذلك فى العيب الا ان هناك السبب المانع من تمام الرضا شرط الخيار منه وهو محتمل للاسقاط فاذ أسقطه تم الرضا فى العيب والسبب بثبوت الحق المطالبة بالجزء الفائت وهو محتمل

للاسقاط. فاذا أسقطه تم الرضاء به وهنا السبب هو الجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك لا ينعدم الا بالرؤيه فلهذا لا يسقط خياره وان أسقطه قبل الرؤية * والدليل عليه ان جهالة العين كما تمنع جواز البيع تمنع جواز النكاح حتى لو . قال زوجتك احدي ابنتى أوزوجتك احدى أمتى لم يصح النكاح ثم عدم الرؤية لا تمنع صحة النكاح فعرفنا أنه لا يوجب جهالة العين الا ان فى النكاح العقد يلزم لان لزومه لا يعتمد تمام الرضا ولهذا لزم مع اشتراط الخيار والعيب بخلاف البيع وعليه نقيس لعلة ان هذا عقد معاوضة فعدم رؤية المعقود عليه لا تمنع جوازه كالنكاح ولأنه ليس في هذا أكثر من ان ماهو المقصود بالعقد مستتر بغيره وهذا لا يمنع جواز الشراء كما اذا اشترى جوزا أو بيضا أو اشترى قفاعافى كوز يجوز فالمقصود بالعقد مستتر بغيره * يوضحه أن الشافعى رحمه الله لا يجوز بيع اللوز الرطب والجوز الرطب فى قشرين ويجوز بيع اليابس منهما لانه فى قشر واحد وفي الوجهين المقصود هو اللب دون القشر وهو مستتر بما ليس بمقصود وهذا بخلاف السلم لان جهالة الوصف هناك تفضي الى المنازعة المانعة من التسليم ولان العقد يرد على الاوصاف فى باب السلم فان الدين وصف فى الذمة والبدل بمقابلتها فاذا لم يذكر عند العقد لم يجز العقد لانعدام المعقود عليه وبيع الآبق انما لا يجوز للعجز عن التسليم لا لعدم المالية ولهذا جوزنا هبته من ابنه الصغير . وبيعه ممن فى يده . وبيع الجنين فى البطن انما لا يجوز لانعدام المالية فيه مقصودا فانه فى البطن جزء من أجزاء الام * ألا ترى انه لا يحتمل التزويج مقصودا. فكذلك البيع بخلاف ما نحن فيه وتأويل النهى عن بيع ما ليس عند الانسان بيع ما ليس فى ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضى الله عنه (قال) يارسول الله ان الرجل يطلب منى سلعة ليست عندى فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاستحدثها فاستجيدها فاشتريها فأسلمها اليه (فقال) صلى الله عليه وسلم لاتبع ماليس عندك والنهى عن بيع الغرر ينصرف الى ما لا يكون معلوم العين اذا عرفنا هذا فنقول هنا فصلان . (أحدهما) البائع اذا لم ير المبيع قط بأن ورث شيئا فباعه قبل الرؤية فالبيع جائز عندنا . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه أولا يقول له الخيار ثم رجع و(قال) لاخيار له و (قال) الشافعى لا يجوز بيعه قولا واحداً والدليل على جوازه ما روى ان عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه باع أرضاً كانت له بالبصرة من طلحة رضي الله تعالى عنه فقيل لطلحة انك قد غبنت (فقال)

الخيار لى لانى اشتريت مالم أره فذكر ذلك لعثمان رضي الله تعالى عنه فقال لى الخيار لانى بعت مالم أره فحكما جبير بن مطعم رضى الله تعالى عنه في ذلك فقضى بالخيار لطلحة رضى الله تعالى عنه فقد اتفقوا على جواز الشرط ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث و (قال) لا خيار للبائع وهذا لان تمام رضاه باعتبار علمه بما يدخل فى ملكه لا بما يخرج عن ملكه والمبيع يخرج عن ملك البائع وانما يدخل فى ملكه الثمن وهو طريق اعلامه التسمية دون الرؤية . فاما اذا كان البائع قد رأى المعقود عليه ولم يره المشترى فهو على الخلاف الذى قلنا وبعد العقد قبل الرؤية للمشترى أن يفسخ العقد لان تمكنه من الفسخ باعتبار أن العقد غير لازم ومالم يتم الرضا به لايكون العقد لازما فكان له أن يفسخ العقد قبل الرؤية وليس له أن يلزم العقد قبل الرؤية لان اللزوم يعتمد تمام الرضا وانما يتم رضاه اذا علم بالاوصاف التى هى مقصوده وانما يصير ذلك معلوما بالرؤية وهذا بخلاف خيار العيب فان العلم بالاوصاف قبل رؤية موضع العيب يثبت على الوجه الذى اقتضاه العقد وهو صفة السلامة فانما يثبت خيار العيب لثبوت حق المطالبة له بتسليم الجزء الفائت وذلك يحتمل الاسقاط فلهذا صح الابراء قبل رؤية العيب * يوضحه أن في الرضا قبل الرؤية هنا ابطال حكم ثبت بالنص وهو الخيار للمشترى عند رؤية المعقود عليه لانه يراه بعد ذلك ولا خيار له وليس له فى الفسخ ابطال حكم ثابت بالنص لانه يوجد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤية المعقود عليه بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان بالفسخ خرج من أن يكون معقودا عليه فلا يوجد بعد ذلك رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار ثم يشترط لاسقاط الخيار هنا الرؤية التي توجب اعلام ماهو المقصود وذلك فى بنى آدم برؤية الوجه وفى الدواب برؤية وجهها وكفلها ومؤخرها فيما يروى عن أبي يوسف وفى الغنم يحتاج مع ذلك الى الجنس وفيما يكون المقصود منه اللبن يحتاج الى رؤية الضرع وفيما يعلم بالذوق والشم يحتاج الى ذلك أيضاً لان العلم بما هو المقصود انما يحصل به فلا يسقط خياره ما لم يرض بعد العلم بما هو المقصود صريحاً أو دلالة وليس للخيار في هذا وقت . لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشترى فالتوقيت فيه زيادة على النص ولان هذا فى معنى خيار العيب وذلك لا يتوقت إلا أن خيار العيب يجوز الصلح عنه على مال . بخلاف خيار الرؤية لان الحق هناك في الجزء الفائت والاصطلاح يكون على رد حصة الجزء الفائت من الثمن ولهذا لو تعذر

الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا الخيار للجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك ليس بمال فلا يجوز الصلح عنه على مال كخيار الشرط . ولهذا قلنا ان خيار العيب يورث . . لان الوارث يقوم مقام المورث فيما هو مال وخيار الرؤية لا يورث كخيار الشرط . قال (فان رأى بعض الثياب فهو فيما بقى منها بالخيار) لان الثياب تتفاوت فلا يستدل برؤية بعضها علي رؤية البعض واذا أراد الرد فليس له أن يرد ما لم يره خاصة ولكن يرد الكل أو يمسك الكل لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة كخيار الشرط فان كل واحد منهما يمنع اللزوم لعدم تمام الرضا فكما ان من له خيار الشرط لا يتمكن من تفريق الصفقة قبل التمام بلزوم العقد . فكذلك من له خيار الرؤية ويستوى فى ذلك ماقبل القبض وما بعد القبض لان الصفقة انما تتم بالقبض باعتبار تمام الرضا ولا يكون ذلك قبل الرؤية بخلاف خيار العيب فهناك الصفقة تتم بالقبض لتمام الرضا به على ما هو مقتضى العقد وهو صفة السلامة . قال (ولو تعذر رد البعض الهالك فى يد المشترى قبل الرؤية فليس له أن يرد ما بقى) لانه تعذر عليه رد الهالك وليس له أن يفرق الصفقة فى الرد قبل التمام فمن ضرورة تعذر الرد فى الهالك تعذر الرد فيما بقى الا فى رواية عن أبى يوسف (قال) له أن يرد مابقى لانه لو صرح بالزام العقد قبل الرؤية لم يسقط خياره فبهلاك البعض أولي أن لا يسقط خياره فيما بقى ولكنه قبل الهلاك باختياره رد البعض هو فاسد للاضرار بالبائع فيرد عليه قصده . وذلك لا يوجد بعد الهلاك فيتمكن من رد مابقى وكذلك كل حيوان أو عرض . فأما السمن والزيت والحنطة فلا خيار له اذا اشتراها بعد رؤية بعضها لان المكيل أو الموزون من جنس واحد لا يتفاوت فبرؤية البعض تصير صفة مابقى منه معلوما والاصل ان كل ما يعرض بالنموذج فرؤية جزء منه يكفى لاسقاط الخيار فيه ومالا يعرض بالنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منهما لاسقاط الخيار وفيما يعرض بالنموذج انما يلزم العقد اذا كان مالم يره مثل ماراه أو أجود مما رآى . فان كان أدنى مما رأى فله الخيار لانه انما رضي بالصفة التى رآى فاذا تغير لم يتم الرضا به وان اختلفا . فقال المشترى قد تغير و . قال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشترى البينة لان دعواه التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب فى المشترى ولو ادعى عيبا بالمبيع فعليه أن يثبت ذلك بالبينة والقول قول البائع مع يمينه ان لم يكن له بينة فهذا مثله . قال (واذا رأى متاعا مطويا ولم يقسه ولم ينشره ، فاشتراه على ذلك فلا خيار له) لان في الثوب الواحد يستدل

برؤية طرف منه علي مابقى فلا تتفاوت أطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذلك غير معتبر ولان رؤية كل جزء منه يتعذر . قالوا وهذا اذا لم يكن فى طى الثوب ما هو المقصود فان كان في طى الثوب ماهو مقصود كالعلم لم يسقط خياره مالم ير ذلك الموضع يعنى موضع العلم لان المالية تتفاوت بجنسه وهو نظير النظر الي وجه الآدمى فانه وان رأى سائر المواضع من جسده لا يسقط خياره مالم ير وجهه . قال (ولو كان رآه قبل الشراء ثم اشتراه فلا خيار له الا أن يكون قد تغير عن الحال الذى رآه عليه وان ادعي المشترى التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لانكاره وعلى المشترى البينة وهذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير فى مثل تلك المدة فاما اذا تطاولت المدة فالقول قول المشترى . أرأيت لو كانت جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة فزعم البائع انها لم تتغير أكان يصدق علي ذلك فهذا مما يعرفه كل عاقل فالظاهر يشهد فيه للمشترى فالقول قوله . قال (واذا اشترى شيئا ثم أرسل رسولا يقبضه فهو بالخيار اذا رآه ورؤية الرسول وقبضه لا يلزمه المتاع) لان المقصود علم العاقد بأوصاف المعقود عليه ليتم رضاه وذلك لا يحصل برؤية الرسول فاكثر مافيه ان قبض رسوله كقبضه بنفسه ولو قبض بنفسه قبل الرؤية كان بالخيار اذا رآه فكذلك اذا أرسل رسولا فقبضه له فاما اذا وكل وكيلا بقبضه فرآه الوكيل وقبضه لم يكن للموكل فيه خيار بعد ذلك في قول أبى حنيفة رضى الله عنه و (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له الخيار اذا رآه لان القبض فعل والرسول والوكيل فيه سواء وكل واحد منهما مأمور باحراز العين والحمل اليه والنقل الى ضمانه بفعله ثم خياره لا يسقط برؤية الرسول . فكذلك برؤية الوكيل وكيف يسقط خياره برؤيته وهو لو أسقط الخيار نصا لم يصح ذلك منه لانه لم يوكله به . فكذلك اذا قبض بعد الرؤية وقاسا بخيار الشرط والعيب فانه لا يسقط بقبض الوكيل ورضاه به . فكذلك خيار الرؤية وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول التوكيل بمطلق القبض يثبت للوكيل ولانه إتمام القبض كالتوكيل بمطلق العقد يثبت للوكيل ولان اتمامه وتمام القبض لا يكون الا بعد تمام الصفقة والصفقة لا تتم مع بقاء خيار الرؤية فيضمن التوكيل بالقبض أنابة الوكيل مناب نفسه في الرؤية المسقطة لخياره بخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه الا تبليغ الرسالة فأما اتمام ماأرسل به ليس اليه كالرسول بالعقد ليس اليه من القبض والتسليم شئ والدليل على الفرق بين الوكالة والرسالة ان الله تعالي أثبت صفة الرسالة لنبيه صلى الله عليه وسلم ونفى الوكالة بقوله تعالى (قل لست عليكم بوكيل) وهذا بخلاف خيار العيب

فان بقاءه لا يمنع تمام الصفقة والقبض ولهذا ملك بعد القبض رد المعيب خاصة * يوضحه ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت وذلك للموكل والوكيل لا يملك اسقاطه لانه فوض اليه الاستيفاء دون الاسقاط فأما خيار الشرط فقد منعه بعض أصحابنا رحمهم الله والاصح هو التسليم والفرق بينهما أنا نجعل فى الموضعين فعل الوكيل كفعل الموكل والموكل لو قبض بنفسه بعد الرؤية سقط به خياره . فكذلك قبض الوكيل ولم يسقط خيار الشرط بقبض الوكيل بحال وهذا لان من شرط الخيار استثنى رضاه نصا فلا بد لسقوط خياره من اسقاطه أو اسقاط نائبه والوكيل ليس بنائب عنه فى اسقاط حصة الذى استثناه لنفسه أو يقول سقوط خيار الرؤية من حقوق العقد لان الرؤية تكون عند القبض عادة والوكيل بالشئ فيما هو من حقوقه كالمباشر لنفسه بمنزلة الوكيل بالعقد بخلاف خيار الشرط فاسقاطه لا يكون عند القبض والرؤية بل بالتأمل فيه بعد مدة بعيدة ولان الوكيل بقبض المبيع بمنزلة الوكيل بالعقد لان القبض مشابه بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ثم رؤية الوكيل بالعقد تجعل كرؤية الموكل . فكذلك رؤية الوكيل بالقبض بخلاف خيار العيب فرضاء الوكيل بالعيب لا يكون ملزما الموكل . ألا ترى انه بعد الشراء لو وجد بالمبيع عيبا فرضي به الوكيل وأبى الموكل أن يرضى به فله أن لا يرضى بخلاف خيار الشرط فالوكيل بالعقد لا يملك اسقاط خيار الشرط الذى استثناه الا مر لنفسه نحو ماذا أمره بأن يشترط له الخيار . فكذلك الوكيل بالقبض لا يملك اسقاطه . قال (واذا اشترى عدل رطى لم يره ثم باع منه ثوبا ثم نظر الى ما بقى فلم يرض به لم يكن له أن يرده الا من عيب يجده فيه) لانه تعذر الرد فيما باع وليس له أن يفرق الصفقة فى الرد بخيار الرؤية فاذا عاد الى ملك البائع ماباع بسبب فهو فسخ من كل وجه فله أن يرد الكل بخيار الرؤية لزوال المانع الا فى رواية على بن الجعد رحمه الله عن أبى يوسف انه يقول خيار الرؤية كخيار الشرط فلا يعود بعد ما سقط وان عاد الى قديم ملكه وان كان باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الرؤية فهو دليل الرضا منه فيسقط خياره وان كان قبل الرؤية فهو على خياره لانه لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لأسقطنا بايجابه البيع فى الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الرؤية ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الرؤية . فكذلك اذا باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الرؤية فهو دليل الرضى منه فسقط خياره وان كان قبل الرؤية

فهو على خياره لان لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لاسقطنا بايجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الرؤية. ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الرؤية. فكذلك اذا باعه على انه بالخيار. وكذلك لو قطع ثوبا منه وألبسه حتى تغير فقد تعذر عليه رد هذا الثوب كما قبضه وليس له أن يرد مابقي لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام. قال (واذا اشترى عدل زطي بثمن واحد أو كل ثوب بعشرة أو كرحنطة أو خادمين فحدث في شئ من ذلك عيب قبل أن يقبضه أو كان العيب فيه فعلم به فليس له الا أن يرده كله أو يأخذه كله) لما في رد البعض من تفريق الصفقة قبل التمام ولان الرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الرد بخيار الشرط وخيار الرؤية ولهذا ينفرد الراد به من غير قضاء ولا رضاء وهذا لانه لا حصة من الثمن قبل القبض فهو مجرد خيار يثبت له ليدفع به الضرر عن نفسه لا حصة للجزء الفائت من الثمن قبل القبض لانه وصف فلا يمكن من الحاق الضرر بالبائع في تفريق الصفقة عليه ولكن يرد الكل أو يمسك الكل والحادث من العيب قبل القبض كالموجود عند العقد لان المبيع في ضمان البائع ولو هلك كان هلاكه على البائع. فكذلك اذا فات جزء منه ولان الزيادة التي تحدث في العين قبل القبض لما جعلت في حكم الموجود عند العقد. فكذلك النقصان الحادث في العين قبل القبض. وكذلك لو قبض احدهما دون الآخر لان تمام الصفقة تعلق بالقبض فلا يثبت الا بعد قبض الجميع كسقوط حق البائع في الحبس لما تعلق بوصول الثمن اليه فما لم يقبض جميع الثمن بقي حقه في الحبس فيستوى في ظاهر الرواية ان وجد العيب بالمقبوض فله أن يرده خاصة وان وجد بالذى لم يقبض فليس له الا أن يردهما لانه يجعل في حكم ما وجد به العيب كان الآخر بصفته وأما اذا علم بالعيب بعد ما قبضهما فله أن يرد المعيب خاصة وقد لزمه البيع في الآخر بحصته من الثمن الا على قول زفر فانه يقول يردهما ان شاء لان ضم الجيد الى الرديء عادة ظاهرة في البيع فلو رد الرديء بالعيب خاصة تضرر به البائع فلدفع الضرر عنه اما أن يردهما أو يمسكهما كما في الرد بخيار الشرط والرؤية ولكنا نقول حق المشترى بعد القبض في المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولاجله يتمكن من الرد ولهذا اذا تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهذا المعنى تقتصر على العيب فلا يتعدى حكم الرد الى محل آخر وهذا لان الصفقة تتم بالقبض لوجود تمام الرضا من المشترى عند صفة السلامة كما أوجبه العقد وبه فارق خيار الشرط والرؤية فالمانع من تمام الصفقة هناك

عدم الرضا للجهل بأوصاف المعقود عليه أو بشرط الخيار وهذا باق وفى رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام فلهذا لا يتمكن منه. وأما ما كان من مكيل أو موزون من ضرب واحد فليس له الا أن يرد كله أو يمسك كله لان الكل فى الحكم واحد* ألا ترى أن الكل تسمى باسم واحد وهو الكر فالشيء الواحد لا يرد بعضه بالعيب دون البعض * يوضحه انه اذا ميز المعيب ازداد عيبه فالمعيب من الحنطة عند الاختلاط بما ليس بمعيب لا يتبين فيه من العيب ما يتبين اذا ميز عما ليس بمعيب والمشترى لا يتمكن من الرد بعيب أكثر مما خرج من ضمان البائع وبعض المتأخرين رحمهم الله تعالى يقولون هذا اذا كان الكل في وعاء واحد فاما اذا كان فى وعائيين فوجد ما فى أحد الوعائين معيبا فله أن يرد ذلك بالعيب ان شاء بمنزلة الثوبين والجنسين كالحنطة والشعير لانه يرده على الوجه الذى خرج من ضمان البائع والاظهر فى الجنس الواحد بصفة واحدة انه كشيء واحد سواء كان فى وعاء واحد أو فى وعائين فاما أن يرد الكل أو يمسك الكل. قال (واذا اشترى ثوبين أو عبدين بثمن واحد وقبضهما ثم استحق أحدهما فالآخر له لازم لان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة بالقبض فان العقد حق العاقد فتمامه يستدعى تمام الرضا من العاقد به وبالاستحقاق ينعدم رضا المالك لا رضا العاقد ولهذا قلنا فى الصرف ورأس مال السلم لو أجاز المستحق بعد ماافترقا يبقى العقد صحيحا فاذا عرفنا تمام الصفقة بالقبض قلنا يرجع بثمن المستحق لان ذلك لم يسلم له والبيع لازم له فى الآخر لانه سالم واستحقاق أحدهما لا يمكن نقصانا في الآخر وان استحق أحدهما قبل القبض فله الخيار فى الآخر ليفرق الصفقة عليه قبل التمام وكذلك لو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر حتى استحق المقبوض أو لذى لم يقبض فله الخيار في الباقى لما بينا أن تمام الصفقة بقبض جميع مايتناوله العقد فما بقي شيء منه غير مقبوض لا تكون الصفقة تامة ولو كان ثوب واحد أو عبد أو شيء مما لا يتبعض فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده فله أن يرد مابقى بعيب الشركة فالتجار يعدون الشركة فيما يضره التبعيض عيبا فاحشا. قال (واذا اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فاستحق بعضه قبل القبض أو وجده ناقصا فله أن يترك مابقى) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام وان استحق البعض بعد القبض فلا خيار له فيما بقى لان هذا لا يضره التبعيض وباستحقاق البعض لا يتعيب مابقى وقد تمت الصفقة بالقبض. قال (ولو اشترى دارا فنظر الي ظاهرها خارجا منها ولم يدخلها فليس له أن يردها الا بعيب) عندنا و(قال) زفر له أن يردها

وقيل هذا الجواب بناء على دورهم بالكوفة فانها تختلف بالسعة والضيق وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج . فاما فى ديارنا مالية الدور تختلف بقلة المرافق وكثرتها وذلك لا يصير معلوما الا بالنظر اليها من داخل فالجواب على ما (قال) زفر ومن حقق الخلاف فى المسئلة فحجة زفر هنا الذى ذكرنا الجواب . وحجتنا ان النظر الى كل جزء من أجزائها متعذر فانه يتعذر عليه أو ينظر الى ما تحت السور والى مابين الحيطان من الجذوع والاسطوانات واذا سقط شرط رؤية الكل للتعذر أقمنا رؤية جزء منها مقام رؤية الجميع تيسيراً . قال (والأعمى فى كل مااشترى اذا لم يقلب ولم يجس بالخيار) فاذا قلب أوجس فهو بمنزلة النظر من الصحيح ولا خيار له الا أن يجد به عيبا والكلام في فصول (أحدها) جواز العقد عندنا من الاعمي بيما كان أو شراء و (قال) الشافعى رحمه الله ان كان بصيرا فعمى . فكذلك الجواب وان كان أكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلا لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها وهذا غلط منه فالناس تعارفوا معاملة العميان من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير منكر أصل فى الشرع ثم من أصله ان من لا يملك أن يشترى بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به فاذا احتاج الأعمى الي مأكول ولا يتمكن من ان يشتري أو يوكل به مات جوعا وفيه من القبح مالا يخفى فاذا ثبت جواز شرائه (قلنا) ان كان المشترى مما يعرف بالجس أو الذوق فهو كالبصير في ذلك وان كان مما تعرف صفته بالجس كما تعرف بالرؤية فالمس فيه كالرؤية من البصير حتى لو لمسه . وقال رضيت به يسقط خياره ومالا يمكن معرفته كالعقارات فانه يوصف له بابلغ ما يمكن فاذا . قال قد رضيت سقط خياره لان ذكر الوصف يقام مقام الرؤية فى موضع من المواضع كما في عقد السلم والمقصود رفع الغبن عنه وذلك يحصل بذكر الوصف وان كان بالرؤية أتم وعن أبي يوسف رحمه الله (قال) تعاد الى ذلك الموضع فاذا كان بحيث لو كان بصيرا رأى . فقال قد رضيت سقط خياره وجعل هذا كتحريك الشفتين من الاخرس فانه يقام مقام عبارة الناطق فى التكبير والقراءة لان الممكن ذلك القدر و (قال) الحسن ابن زياد يوكل بصيرا بالقبض حتى يرى البصير له فيقبض وهذا أشبه بقول أبي حنيفة فالوكيل بالقبض عنده يجعل فى الرؤية كالموكل وقال بعض ائمة بلخ رحمهم الله يمس الحيطان والاشجار فاذا . قال قد رضيت يسقط خياره لان الاعمى اذا كان زكيا يقف على مقصوده فى ذلك بالمس و (حكى) ان أعمى اشترى أرضا . فقال قيدوني اليها فقادوه فجعل يمس الارض حتى

انتهي الي موضع منها فقال أموضع كدس هذا فقالوا لا فقال هذا الارض لاتصلح لانها لا تكسوا نفسها فكيف تكسونى فكان كما قال فاذا كان الاعمى بهذه الصفة فرضى بها بعد ما مسها سقط خياره والله أعلم بالصواب

باب المرابحة

﴿ قال﴾ رحمه الله واذا اشترى شيئا بنسيئة فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين انه اشتراه بنسيئة) لان بيع المرابحة بيع أمانة تنفى عنه كل تهمة وجناية ويتحرز فيه من كل كذب وفي معاريض الكلام شبهة فلا يجوز استعمالها فى بيع المرابحة ثم الانسان فى العادة يشترى الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشترى بالنقد فاذا أطلق الاخبار بالشراء فانما يفهم السامع من الشراء بالنقد فكان من هذا الوجه كالمخبر بأكثر مما اشترى به وذلك جناية فى بيع المرابحة * يوضحه أن المؤجل نقص فى المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالى عن المقابلة حكما فاذا باعه وكتم ذلك فالمشترى بالخيار اذا علم للتدليس الموجود من البائع وهذا لان المشترى انما التزم ربحا بناء على خبره انه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن فلو علم انه اشتراه بالنسيئة لم يرغب في شرائه بالنقد بذلك القدر من الثمن فضلا من أن يعطيه على ذلك ربحا فللحاجته الى دفع الضرر اثبتنا له الخيار كما اذا وجد المعقود عليه دون ماشرط البائع فان كان هذا قد استهلك المبيع فالمبيع له لازم وليس له أن يرد الباقى منه ولا يرجع فى شيء من الثمن لانه تعذر رده ومجرد الخيار اذا سقط لتعذر الرد بسببه لا يرجع بشيء بمنزلة خيار الرؤية والشرط و(روى) عن محمد انه يرد قيمة المبيع ويرجع بالثمن ان شاء وهو صحيح على أصله فانه جوز فسخ العقد بسبب التحالف على القيمة بعد هلاك السلعة وجعل رد القيمة عند تعذر رد العين كرد العين فكان ذلك باعتبار معنى في الثمن فهذا مثله والمعنى فى الكل تحقق الحاجة الى دفع الضرر عن المشترى وهذا بخلاف خيار العيب على ظاهر الرواية فالمستحق للمشترى هناك المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولهذا يرجع بحصة العيب من الثمن اذا تعذر الرد وهنا الثابت له مجرد الخيار والخيار ليس بمال. وكذلك ان استهلك بعضه فليس له أن يرد الباقى منه لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا يرجع فى شيء من الثمن لما قلنا ان المبيع سلم له كما استحقه بالعقد وان لم يكن الاجل مشروطا وانما كان متعادا كما هو الرسم بين الباعة أن

يودى المشترى الثمن منجما فى كل أسبوع نجما فقد اختلف مشائخنا رحمهم الله تعالى فى هذا الفصل (قال) بعضهم له أن يبيعه مرابحة من غير بيان لان الثمن حال وبأن سامحه البائع واستوفي الثمن منه منجما لا يخرج من أن يكون حالا. ومنهم من يقول المعروف كالمشروط بالنص ولو كان الاجل مشروطا لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان. فكذلك اذا كان متعارفا ألا ترى ان الورثة فى بعض الاشياء تستحق بالعرف وتجعل كالمشروط فهذا قياسه. قال (واذا اشترى خادما فاعورت أو ثوبا أو طعاما فأصابه عيب عند المشترى بغير فعل أحد فله أن يبيعه مرابحة على جميع الثمن من غير بيان) و. قال زفر ليس له ذلك مالم يبين لان المشترى لو علم انه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل لم يلتزم له على ذلك ربحا ما لم يبين بعد ما تعيب وهذا مذهب الشافعى أيضا بناء على مذهبه ان للاوصاف من الثمن حصة وان التعيب بآفة سماوية وبصنع العباد فيه سواء ولكنا نقول بأن المشترى غير حابس شيئاً من المعقود عليه فيكون له ان يبيعه مرابحة كما لو تغير السعر وهذا لان الفائت وصف فيكون تبعا لا يقابله شيء من البدل اذا فات بغير صنع أحد وانما البدل بمقابلة الاصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة أرأيت لو اصفر الثوب أو توسخ أو نكس كان له أن يمنعه من المرابحة وفي نوادر هشام ذكر عن محمد رحمه الله (قال) هذا اذا نقصه العيب شيئا يسيراً فان نقصه العيب قدر مالا يتغابن الناس فيه لم يبعه مرابحة. قال (وكذلك ان تعيب بفعل المبيع بنفسه) لان ذلك هدراً وان تعيب بفعل المشترى فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين لانه حابس لجزء من المبيع بما أحدث فيه من العيب وما يكون بيعا اذا صار مقصوداً بالتناول كان له من الثمن حصة كالبائع اذا أتلف شيئا من أوصاف المعقود عليه يسقط حصته من الثمن بخلاف ما اذا تعيب بغير فعل. وكذلك ان عيبه أجنبي بأمر المشترى أو بغير أمره فان فعله بأمر المشترى كفعل المشترى بنفسه وبغير أمره جناة موجبة ضمان النقصان عليه فيكون المشترى حابسا بدل جزء من المعقود عليه. وذلك يمنعه من أن يبيعه مرابحة حتى يبين فان باعه ولم يبين كان للمشترى رده اذا علم به وان كان قد استهلك شيئا منه لم يكن له رد الباقى ولا الرجوع بشيء من الثمن فان لم يصبه عيب ولكنه أصاب من غلة الدابة أو الدار أو الخادم شيئا فله أن يبيع المشترى مرابحة على ثمنه لان الغلة ليست بمتولدة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا تمنعه من بيعها مرابحة وهذا لانه أنفق عليها بازاء ما نال

من المنفعة . قال (واذا ولدت الجارية أو السائمة أو أثمر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة مرابحة) لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه وان نقصتها الولادة فهو نقصان بغير فعل أحد وبازائه ما يجبره وهو الولد وفى مثل هذا النقصان كان له أن يبيعه مرابحة وان لم يكن بازاء النقصان ما يجبره فاذا كان بازائه ما يجبره أولى فان استهلك المشترى الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب من ذلك لان ما استهلك متولد من العين ولو استهلك جزء من عينها لم يبعها مرابحة بغير بيان . فكذا اذا استهلك ما تولد من العين . قال (وكذلك ألبان الغنم واصوافها وسمونها اذا أصاب من ذلك شيئا فلا يبيع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها) لان ما أصاب فى حكم جزء من عينها . وعند الشافعي رحمه الله له أن يبيعها مرابحة بناء على مذهبه ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهى بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وسيأتى بيانه فى باب العيوب ان شاء الله تعالى . قال (فان كان أنفق عليها ما يساوى ذلك فى علفها وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مرابحة من غير بيان لأن حصول الزيادة باعتبار ما أنفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم ولان في بيع المرابحة يعتبر عرف التجار ومن عاداتهم اذا انفقوا بقدر ما أصابوا من الزيادة لا يعدون ذلك خيانة في بيع المرابحة وان هلكت هذه الزيادة من غير أن ينتفع بها المشترى فله أن يبيعها مرابحة ولا يبين وان كان قد نقصت الاصول لان النقصان حصل بغير صنع أحد . قال (واذا اشترى متاعا فله أن يحمل عليه ما أنفق في القصارة والخياطة والكراء ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا فانه كذب) وهذا لان عرف التجار معتبر فى بيع المرابحة فما جرى العرف بالحاقه برأس المال يكون له أن يلحقه به ومالا فلا أو يقول ما أثر في المبيع فتزداد به ماليته صورة أو معنى فله أن يلحق ما أنفق فيه برأس المال والقصارة والخياطة وصف في العين تزداد به المالية والكراء كذلك معنا لان مالية ماله حمل ومؤنة تختلف باختلاف الأمكنة فنقله من مكان الى مكان لا يكون الا بكرى ولكنه بعد الحاق ذلك برأس المال لو قال اشتريته بكذا يكون كذبا فانه ما اشتراه بذلك فاذا قال قام على بكذا فهو صادق في ذلك لان الشئ انما يقوم عليه بما يغرم فيه وقد غرم فيه القدر المسمى وان كان فى عقود متفرقة ولم يحمل عليه ما أنفق على نفسه فى سفره من طعام ولا كراء ولا مؤنة لانعدام العرف فيه ظاهراً ولان

عما أنفق على نفسه لا تزداد مالية البيع صورة ولا معنى وأما الرقيق فله أن يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف ثم يقول قاموا على بكذا للعرف الظاهر في ذلك ولان فى هذه النفقة اصلاح مالية الرقيق فان بقاءهم على هيئتهم لا يكون بدون الانفاق بالمعروف. قال (واذا اشترى طعاما فأكل نصفه فله أن يبيع النصف الباقى مرابحة على نصف الثمن. وكذلك كل مكيل أو موزون اذا كان صنفا واحدا) لانه مما لا يتفاوت بحصة كل جزء منه من الثمن يكون معلوما وبيع المرابحة على ذلك يبنى وان كان مختلفا لا بيع الباقى منه مرابحة لان انقسام الثمن على الاجناس المختلفة باعتبار القيمة وطريق معرفتها الحرز والظن فلم يكن حصة كل جنس من الثمن معلوم يقينا ليبيعه مرابحة عليه. وكذلك الثوب الواحد اذا ذهب نصفه أو احترق أو أحرقه انسان أو باعه أو وهبه فلا يبيع النصف الباقى مرابحة علي الثمن الاول لان المسمى لا ينقسم على ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء والذرع صفة في الثوب وانقسام الثمن لا يكون على الاوصاف فقد تتفاوت أطراف الثوب الواحد اذا ذهب نصفه* ألا ترى انه يشترى ذراع من أحد جانبيه بثمن لا يشترى بمثله من جانب آخر بخلاف القفزان من الصبرة الواحدة وهكذا الثوبان اذا اشتراهما صفقة واحدة فلا يبيع أحدهما مرابحة دون الآخر فان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة. وكذلك ان اشتري عدل زطى بألف درهم وان كان أخذ كل ثوب بعشرة دراهم فله أن يبيع كل ثوب منها مرابحة على عشرة فى (قول) أبى حنيفة وأبى يوسف و(قال) محمد رحمه الله تعالى لا يبيع شيئا من ذلك مرابحة حتى يبين أنه اشتراه مع غيره لان من عادات التجار ضم الجيد الي الردىء وبيعهما بثمن واحد مع التفضل فيرغب المشترى فى شراء الردىء لماله من المقصود في الجيد ويرغب البائع فى بيع الجيد لماله من المقصود فى ترويج الردىء فلو جوزنا له أن يبيع أحدهما مرابحة من غير بيان لامسك الجيد وباع الردىء مرابحة واذا علم منه المشتري انه كان معه فى العقد أجود منه لم يعطه ربحا على ما سمى فيه من الثمن فلاجل هذا العرف استحسن محمد و(قال) لا يبيعه مرابحة حتى يبين والقياس ما قال. فان حصة كل واحد منهما من الثمن مسمى معلوم فله أن يبيعه مرابحة كما لو كان فى عقدين ومثل هذا العرف الذى اعتبره محمد يوجد في العقدين أيضا فقد يسامح الانسان لمن يعامله في ثمن جيد من الترويج عليه رديئا بعده بثمن مثل ذلك الثمن ثم لم يعتبر ذلك لان اعتبار العادة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يعتبر بالعادة. فكذلك هنا بعد التنصيص علي ثمن كل واحد منهما

لا يعتبر بالعادة . قال (واذا اشترى متاعا بحنطة أو شعير أو شئ مما يكال أو يوزن فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على ذلك) لان بيع المرابحة تمليك بثمن ما ملك به من ربح ضمه اليه في بيعه فاذا كان الثمن مما له مثل فى جنسه تحقق هذا المعنى فيه فله أن يبيعه مرابحة عليه . قال (واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فباعه بخمسة عشر درهما ثم اشتراه بعشرة فلا يبيعه مرابحة حتى يطرح ربحه الأول من رأس المال) فى قول أبى حنيفة و(قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيعه مرابحة على عشرة دراهم لانه شراء مستقل فلا يدخل فيه ماقبله من ربح أو وصية * ألا ترى انه لو كان أصله هبة أو ميراثا أو وصية فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الآخر ولا يعتبر بما كان قبله كذا هذا وهذا لان بالشراء الثانى يتجدد له ملك غير الاول لان ثبوت الحكم بثبوت سببه فاذا كان السبب متجددا فالملك الثابت به كذلك واختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف العين ولو كان للمشترى فى المرة الثانية عين آخر باعه مرابحة على مااشتراه به وقاس بما لو استفاد فى المرة الثانية زيادة من العين فان ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة فى الشراء الثانى . فكذلك اذا استفاد ربحا قبل الشراء الثانى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول مااستفاد من الربح انما يؤكد حقه فيه بالشراء الثانى لان قبل شرائه كان حقه فيه بعرض السقوط بان يرد عليه بعيب والمؤكد فى بعض المواضع كالموجب فكأنه استفاد ذلك بالعقد الثانى وبه فارق الزيادة المتولدة من العين فتأكد حقه فيها لم يكن بالعقد الثانى ولان مبنى بيع المرابحة على ضم العقود بعضها الى بعض * ألا ترى انما انفق فى القصارة والفتل والخياطة يلحق برأس المال فاذا كان يضم بعض العقود الى بعض فيما يوجب زيادة فى الثمن فلان يضم العقود الى بعض فينظر الى حاصل ماغرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع اليه ويبيع مرابحة فيما يوجب النقصان من الثمن أولى فان هذا الى الاحتياط أقرب ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها فاما عند الاختلاف فلا * ألا ترى انه لو استعان بخياط حتى خاطه لم يلحق بسببه شيئا من رأس المال . وكذلك اذا كان العقد الأول هبة أو صدقة لا يضم أحدهما الى الآخر لان أحد العقدين تبرع والآخر تجارة فاما اذا اتحد جنس العقود يضم بعضها الى بعض فينظر الى حاصل ماغرم فيه فيطرح من ذلك بقدر مارجع اليه ويبيع مرابحة على ما بقى ان شاء وفى هذه المسئلة قد غرم عشرين درهما فى دفعتين وعاد اليه خمسة عشر درهما فيبيعه مرابحته على خمسة . قال (ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة

لم يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة أصلا)لانه رجع اليه مثل ماغرم فيه فلم يبق له فيه رأس المال لبيعه مرابحة عليه ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف أوبدابة ثم اشتراه بعشرة كان له ن يبيعه مرابحة علي عشرة لان ماعاد اليه ليس من جنس ماغرم فيه فلا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك فى بيع المرابحة ولان الربح لايظهر مالم يعد اليه رأس ماله واذا كان ماعاد اليه من عين جنس ماغرم فيه لايظهر ربحه فيه فلهذا كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الثاني. واذا اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى آخر نصفه بمائتي درهم ثم باعاه مرابحة أووضيعة أو تولية فالثمن بينهما أثلاثا بخلاف مالو باعه مساومة فان فى بيع المساومة المسمى بمقابلة الملك ولهذا يستوي فيه المشترى والموهوب وملكهما فى العبد سواء بخلاف المرابحة والوضيعة والتولية فان الثمن الثاني مبنى على الاول فى هذه العقود لان التولية تمليك لما ملك والوضيعة بنقصان شئ يسمى عما ملكت به والمرابحة بزيادة معدومة علي ماملكت به ولهذا اختصت هذه العقود بالمشترى دون الموهوب فاذا ثبت أن الثمن الثاني مبنى علي الثمن الاول وقد كان الثمن الاول أثلاثا فيقسم الثمن الثاني بينهما كذلك والاصل فى جواز هذه العقود ما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه اشترى بعيرين عند قصد الهجرة (فقال)له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنى أحدهما(فقال)هو لك بغير شئ(فقال)صلوات الله عليه أما بغير شئ فلا. قال(واذا أنفق علي عبده في تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقه برأس المال)لانه ليس فيه عرف ظاهر . وكذلك الشعر والغناء العربية وأجر تعليم القرآن والحساب حتى لوكان فى شيء من ذلك عرف ظاهر فى موضع بالحاقه برأس المال كان له أن يلحقه به لان زيادة المالية باعتبار معنى من المتعلم وهو الذهن والزكاء بما أنفق على المعلم فلم يكن ما أنفق موجبا زيادة فى مالية العين وعلي هذا أجر الطبيب والرابض والبيطار والراعى وجعل الآبق والحجام والخباز لايلحق شئ من ذلك برأس المال لما قلنا وأما أجر سائق الغنم الذي يسوقها من بلد الى بلد يلحق برأس المال للعرف الظاهر فيه ولان هذا بمنزلة الكراء فيما له حمل ومؤنة . وكذلك أجرة السمسار فقد جرى العرف بالحاقه برأس المال فهو كأجرة القصار وأجرة الراعى ليس نظير أجرة سائق الغنم لان الراعى لايستحق الاجر بالنقل ولا يعمل الراعى بل يحفظ الغنم فهو كاجرة البيت الذى تحفظ فيه الغنم. وكذلك جعل الآبق ليس نظير أجر سائق الغنم لان الاباق نادر وفى الحاق شئ برأس المال العرف الظاهر

وذلك لايوجد فى النادر. قال(واذا باع المتاع مرابحة ثم حط البائع الأول منه شيأ من الثمن فانه يحط ذلك من المشترى الآخر وحصته من الربح ولو كان ولاية حط ذلك)عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يحط عن الثانى شيء بهذا السبب وأصل المسئلة ان الزيادة في الثمن والمثمن ثبتت على سبيل الالتحاق بالأصل عندنا وعند زفر والشافعى رحمهما الله هو هبة مبتدأة لاتتم الا بالتسليم ويستوى ان كانت الزيادة من العاقد أومن أجنبي آخر. وكذلك حط بعض الثمن عندنا يلتحق بأصل العقد ويصير كأن العقد بقى عقد على ما فى حق الشفيع والمولى. وعند زفر والشافعى رحمهما الله هو بر مبتدأ فى حق من حط عنه خاصة. وحجتهما في ذلك ان الثمن لا يستحق بالعقد الا عوضا والمبيع كله صار مملوكا للمشترى بالعقد الأول فيبقى ملكه مابقى ذلك العقد ومع بقاء ملكه في المبيع لايمكن ايجاب الزيادة عليه عوضا اذ يلتزم العوض عن ملك نفسه. وذلك لايجوز كالمودع يشترى الوديعة من المودع وهذا فى حق الاجنبي أظهر فانه لا يملك شيأ من المبيع فكيف يلتزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه ولا يمكنه اثبات الزيادة فى وقت العقد فان المبيع لو كان هالكا فى الحال أو كانت جارية فاعتقها المشترى أودبرها لم تثبت الزيادة في الثمن. وكذلك فى الصداق الزيادة لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول فلو ثبتت من وقت العقد لكان حكمها حكم المسمى فاذا ثبت هذا فى الزيادة فكذلك فى الحط لأن الثمن كله اذا صار مستحقا بالعقد فلا يخرج البعض من أن يكون ثمنا الا بفسخ العقد في ذلك القدر والفسخ لا يكون في أحد العوضين دون الآخر مع أن الثمن معقود به وفسخ العقد فى المعقود عليه دون المعقود به وقاسا حط البعض بحط الجميع فكما ان ذلك لا يثبت في حق المولى والشفيع فكذلك حط البعض وحجتنا فى ذلك قوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) أى من فريضة بعد الفريضة فذلك تنصيص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض فى العقد الا فيما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا ينتصف الطلاق قبل الدخول الا ما تأكد بالتسمية فى أصل العقد بالنص ففيما سوى ذلك حكم الزيادة حكم الاصل والمعنى فيه انهما غيرا العقد بتراضيهما من وصف الي وصف مشروع له فيصح ذلك ويجعل ذلك كالمذكور فى أصل العقد كما لو كان البيع بخيار لهما فاسقط الخيار أو بغير الخيار فشرطا الخيار لهما أولا حدهما وبيان الوصف انهما يجعلان الخاسر عدلا بالزيادة فى الثمن اوالعدل رابحا والرابح عدلا اوخاسرا

بالحط وهـذا وصف مشروع فى البيوع والبيوع أنواع منه خاسر ورابح وعـدل فعرفنا
انهما قصدا تعبيره الى وصف مشروع وتأثيره ان العقد قائم بينهما بملكان التصرف فيه رفعا
وابقاء فيملكان التصرف فيـه بالتغيير من وصف الى وصف لان التصرف فى صفة الشيء
أهون من التصرف فى أصله فاذا كان باتفاقهما يملكان التصرف فى أصل العقد ففى صفته
أولى فاما قوله أنه يلتزم العوض عن ملكه (قلنا) قيام العقد بقيام المعقود عليه والمعقود عليه قائم
فى يد المشترى على وجه يجوز الاعتياض عنـه فيصح منه التزام العوض بمقابلته أيضاً لان
الانسان انما لا يلتزم العوض عما هو مملوك له أصلا ومقصودا فأما ربحا فقد يلتزم العوض
وهـذا لان الأرباح فى حكم الصلاة ولهـذا لو حصـل من المريض كان معتبراً من الثلث
ولانه بيع والعوض بمقابلة الأصـل دون البيع * ألا ترى أن اطراف المبيع يستحق
بالمعاوضة تبعا ولا يقابلها شيء من الثمن بل العوض بمقابلة الأصـل يغنى عن اعتبار العوض
بمقابلة البيع . فكذلك الزيادة بعـد هلاك المعقود عليه وقد روى فى غـير الاصول عن ابى
حنيفة ان الزيادة تصح كما يصح الحط بطريق التغيير لا لاصل العقد . وفى ظاهر الرواية لا تثبت
الزيادة لان المعقود عليـه لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنـه ولا يمكن اثبات الزيادة
عوضا وكذلك بعد العتاق والتدبير لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه وهـذا لانه لابد
لاثبات الزيادة عوضاً من اعتبار الحال ثم الاسـتناد الى وقت العقد وقد تعـذر اثباتها فى
الحال فـلا يظهر فيها حكم الاستناد كما قلنا في البيـع الموقوف انه لابد من قيام المعقود عليه
عند الاجازة ليثبت الملك مستنداً الى وقت العقد وبالاتفاق فى البيع يشترط الخيار على البائع
وعلى هذا إن كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه
فان لم يملك بمقابلته شيئاً كما لو خالع امرأته مع اجنبي علي مال وضمنه الاجنبي اوصالح مع اجنبي
من الدين علي مال وضمنه صح الصلح وان لم يملك الملتزم بمقابلته شيئاً وعلى هذا الحط الا أن
عمل الحط في اخراج قدر المحطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن لا قيام المعقود
عليه والثمن باق فثبت الحط على سبيل الالتحاق بأصل العقد وقد بينا أنه مغير لوصف العقد
وليس بفاسخ للعقد حتى يقال الفسخ فى الثمن لا يكون والدليل عليه الحط بسبب العيب
والحط في مجلس العقد على أحد قولى الشافعى فانه يثبت ملتحقا بأصل العقد لما قلنا بخلاف حط
الجميع فانه مغير لوصف العقد لان الانسان لا يكون مغبونا بجميع الثمن ولو التحق بأصل العقد

فاماأن يفسد به العقدلانه يبقى بيعا بلا ثمن وقد علمنا أنهما لم يقصدا ذلك أويصير ذلك العقد هبةوقدكان قصدهما التجارةفي البيع دون الهبة فاما حط البعض لوالتحق باصل العقد تحقق به مقصودهما وهو التغير. قال(واذا باع المتاع مرابحة فخانه فيه فالمشترى بالخيار اذا اطلع عليه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وان استهلك المتاع أو بعضه فالثمن كله لازم له) فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله و(قال)أبو يوسف وابن أبى ليلى رحمهما الله يحط عنه الخيانة وحصتها من الربح على كل حال ولاخيار له فى ذلك وان خان فى التولية فعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله يحط عنه مقدار الخيانة وعند محمد هو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك فابو يوسف يقول فى المرابحة والتولية جميعاً يحط عنه مقدار الخيانة وحصتها من الربح لان العقد الثانى في حق الثمن بناء علي الاول وقدر الخيانة لم يكن ثمناً في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثانى كما فى الشفيع فان المشترى اذا خان الشفيع لا يثبت مقدار الخيانة في حقه فانه يأخذ بمثل الثمن الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثانى كما في الشفيع وهذا لان السبب الثانى لما أضافه الى السبب الاول فانما يؤثر في ايجاب مثل ما وجب بالسبب الاول الا مقدار مازاد فيه من الربح فقيما وراء ذلك لا يثبت وبدون السبب لا يثبت الحكم والدليل عليه أنه لو خرج البعض من أن يكون ثمنا في العقد الاول بالحط يخرج ذلك من أن يكون ثمنا فى العقد الثانى فاذا ثبت انه لم يكن ثمنا فيه أولى ومحمد يقول فيهما جميعا لا يحط الثمن عن المشترى الثانى لانهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن سمياه فينعقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعاه مساومة وهذا لان انعقاد سبب الثانى يعتمد التراضى منهما ولا يتم رضا المشترى الاول اذا لم يجب له جميع الثمن المسمى بخلاف الأخذ بالشفعة فلا معتبر برضا المشترى هناك ثم حق الأخذ للشفيع بالثمن الاول مستحق على المشترى علي وجه لا يمكن ابطاله ولا نعتبره وبالخيانة قصد تغيره فيرد عليه قصده وهنا البيع مرابحة اوتولية لم يكن مستحقا على المشتري الاول فهوفي تسمية ماسمى غيرقاصد ابطال ماهو مستحق عليه ولكنه يدلس والتدليس يثبت للمشترى الخيار كتدليس العيوب وهذا بخلاف الحط بعد العقد لان الاستحقاق يثبت للمشترى الثانى بمثل الثمن الاول وثم رضى المشترى الاول به فما خرج من أن يكون ثمنا فى العقدالاول يخرج من أن يكون ثمنا في العقد الثانى فكان المشترى الثانى بعد ماتم استحقاقه بمنزلة الشفيع وأبو حنيفة يفرق بين التولية والمرابحة من وجهين (أحدهما)

أن التولية بناء على السبب الاول من كل وجه فلا يثبت فيه مالم يكن ثابتا في العقد الاول كالاقالة لما كانت فسخا عند الاول فما لم يكن ثابتا في العقد لا يمكن اثباته فى الاقالة فاما المرابحة فليست تبنى على العقد الاول من كل وجه وان ثبتت عليه من وجه وهو العيار فى الثمن ﴿ألا ترى انهما سميا فيه مالم يكن مسمى فى العقد الاول فيه يتبين انه سبب مبتدأ باشراه باختيارهما فينعقد بالثمن المسمى ﴿فيه يقرره انه لا حاجة في التولية الى ذكر الثمن وتسمية مقدار خيانة فيه فيكون لغواً أيضاً وفي المرابحة لابد من تسمية الثمن وتعيين قدر الربح فكان انعقادها بالتسمية الثانية فينعقد بجميع ماسميا فيها وفرق آخران في اثبات الخيانة في التولية تغير العقد عن موضوع ماصرحا به لان به يصير البيع مرابحة لا تولية وقد صرحا بالتولية وكان ذلك منهما نفيا لمقدار الخيانة. فاما في المرابحة لو أثبتنا جميع المسمى لا يتغير به العقد عن موضوع ماصرحا به فانما صرحا ببيع المرابحة وهو مرابحة الا ان الربح فيه أكثر مما ظنه المشترى والبائع داس بتسمية بعض ربحه رأس المال فكان ذلك مثبتا الخيار للمشترى واذا سقط خياره بهلاك المبيع فى يده لزمه جميع الثمن المسمى. قال (واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فليس له ان يبيع منه ذراعا مرابحة لما بينا أن الثمن ينقسم على ذراعان الثوب باعتبار الاجزاء وله ان يبيع نصفه أو ثلثه مرابحة) لان ثمن النصف معلوم يقينا وهذا لان النصف جزء شائع فلا يتفاوت والذراع اسم لموضع معين يقع عليه الذراع وذلك مختلف فى الثوب. قال (ولو اشترى نصف عبد بمائة درهم ثم اشترى النصف الآخر بمائتي درهم فله أن يبيع أى النصفين شاء مرابحة علي مااشتراه) لانه يملك كل نصف بعقد علي حدة فيجعل كل نصف بمنزلة عبد على حدة وان شاء باع كله على ثلثمائة درهم مرابحة لان العبد قام عليه فى العقدين جميعا بثلثمائة وبيع المرابحة بيع بما قام عليه. قال (ولو اشترى عبدا بألف درهم فوهب له البائع الثمن كله فله ان يبيعه مرابحة على الالف ولو وهب له بعض الثمن أو حط عنه بعضه باعه مرابحة على مابقى) للفرق الذى بينا بينهما فى حكم الالتحاق باصل العقد وان باعه بالثمن عرضا أو أعطاه به رهنا فهلك الرهن كان له ان يبيع العبد مرابحة على ألف درهم لانه صار قابضا لهذا الثمن بهذا الطريق فكانه قضاه مشاهدة ولانه يبيعه مرابحة على مايملك وانما يملك المسمى عند الشراء ﴿ألا ترى انه قبل أن ينقد الثمن له ان يبيعه مرابحة. قال (ولو اشترى ثوبا بعشرة دراهم جياد فنقدها زيوفا وتجوز البائع عنه فله أن يبيعه مرابحة على عشرة جياد) لانه تملكه

بالجياد وبما نقد من الزيوف صار قاضيا لما عليه بدليل جواز ذلك في السلم والصرف. وكذلك ان اشتراه بعشرة نقد فلم ينقده الثمن شهرا فله ان يبيعه مرابحة علي العشرة النقد لانه يملك بالنقد وبان لم يطالبه البائع بالثمن شهرا لايخرج الثمن من أن يكون نقدا فلم يجعل تجوز البائع بالزيوف وتركه المطالبة بالثمن مدة بمنزلة الحط لان هناك القدر المحطوط يلتحق باصل العقد فيكون مغيراً الوصف وهنا يترك المطالبة بالثمن زمانا لايلتحق شئ باصل العقد. وكذلك بالتجوز بالزيوف لان الوصف تبع للأصل فاذا لم يخرج شئ من أصل العشرة من أن يكون ثمنا لا يمكن اخراج الوصف من ذلك لئلا يصير البيع مقصودا فيما هو بيع فيه وذلك ممتنع. قال (فان وهب الثوب المشترى بعشرة لانسان ثم رجع فيه فله أن يبيعه مرابحة على عشرة) لان بالرجوع يعود العين الي قديم ملكه سواء رجع بقضاء أو بغير قضاء وقد بيناهذا فى الهبة. وكذلك ان باعه فرد عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو اقالة فله أن يبيعه مرابحة علي عشرة لانه ان عاد اليه بسبب هو فسخ من كل وجه فقد عاد اليه قديم ملكه وان عاد اليه بسبب هو متردد كالاقالة فاكثر مافيه أنه بمنزلة عقد جديد وقد تملك فيه الثوب بعشرة فيبيعه مرابحة عليه ولو تم البيع فيه رجع اليه بميراث أو هبة لم يكن له ان يبيعه مرابحة لانه ماعاد اليه الملك المستفاد بالشراء الاول فان ملك الوارث ينبنى على ملك المورث فانما يبقى له ماكان لمورثه فيبيعه مرابحة على مااشتراه مورثه به لو باعه مرابحة وليس له ذلك لان المالكية قد تحددت له وان كان الملك هو الذى كان لمورثه واما في الهبة فقد يثبت له ملك جديد بسبب التبرع فلا يكون له ان يبيعه مرابحة. قال (واذا اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو مكاتبه أو عبده أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه بثمن قد قام على البائع باقل منه لم يكن له ان يبيعه مرابحة الا بالذى قام علي البائع في العبد والمكاتب بالاتفاق) لان بيع المرابحة علي مايتيقن بخروجه في ملكه بمقابلة هذا العين وهو المدفوع الى البائع الاول فاما الربح الذى حصل لعبده لم يخرج من ملكه لان كسب العبد لمولاه وما حصل لمكاتبه من وجه كان له أيضا فللمولى حق الملك فى كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك لعجزه ولان تهمة المسامحة تتمكن فالانسان يسامح فى المعاملة مع عبده ومكاتبه لعلمه انه لايتعذر عنه ما يحصل لهما و بيع المرابحة بيع أمانة ينفى عنه كل تهمة وخيانة فاما فى غير المماليك من الآباء والأولاد والأزواج والزوجات. فكذلك الجواب عند ابي حنيفة و(قال) أبو يوسف

ومحمد رحمهما الله له ان يبيعه مرابحة على مااشتراه به من هؤلاء لتباين الاملاك بينهما اذ ليس لكل واحد منهما فى ملك صاحبه ملك ولا حق ملك فهما فى ذلك كالاخوين وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول ما يحصله المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصل لنفسه من وجه ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء فباعتبار هذا الوجه صاروا فى حقه كالعبد والمكاتب ولان مسامحة بعض هؤلاء مع البعض فى المعاملة أمر ظاهر وبيع المرابحة يؤخذ فيه بالاحتياط فلا يبيعه مرابحة الاعلي القدر الذى يتيقن بالالتزام فيه لاعلي وجه المسامحة . وذلك أقل الثمنين كما فى العبد والمكاتب. قال (واذا اشترى ثوباً بثوب قد قام عليه الاول بعشرة دراهم فليس له ان يبيعه مرابحة على العشرة) لانه ملك هذا الثوب بالعقد الثانى فالعوض ماكان مذكوراً فيه ولا مثل للثوب من جنسه فلهذا لا يبيعه مرابحة على ما اشترى به ولا على الثمن الأول لانه ما التزم ذلك عوضا عن هذا الثوب قال (واذا اشترى الرجلان عدل زطى بألف درهم فاقتسماه فليس لواحد منهما ان يبيع نصيبه مرابحة) لان القسمة فيما تتفاوت تتمكن فيها معنى المعاوضة من حيث ان كل واحد منهما يأخذ نصف مايصيبه بقديم ملكه ونصفه عوضا عما ترك لصاحبه فيمنعه ذلك من البيع مرابحة * يوضحه انا لا نتيقن بان ما يصيبه بالقسمة هو النصف وانما يعرف ذلك بطريق الحزر وقبل القسمة لو ميزا بعض الثياب وأرادا بيع ذلك مرابحة على مايخصها من الثمن لم يملكا ذلك . فكذلك بعد القسمة وبه فارق المكيل والموزون . قال (واذا اشترى عبدا به عيب قد دلس عليه فلما علم به رضى فله ان يبيعه مرابحة) لانه اشتراه بالثمن الذى يبيعه مرابحة عليه وبسبب العيب يثبت له الخيار فاسقاطه لا يمنعه من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار الشرط اورؤية فاسقط . وكذلك لو اشتراه مرابحة فخانه صاحبه فيه كان له ان يبيعه مرابحة على ماأخذه به لما بينا ان الثابت له بسبب هذه الخيانة الخيار فقط

قال (واذا ولى رجل رجلا بيعا بما قام عليه ثم اطلع على انه أخذه بأقل من ذلك بشهادة شهود اوباقرار البائع الاوسط أوبنكوله عن اليمين فيه وقد ادعاه المشترى الآخر) فانه يرجع عليه بالفضل وتم له البيع وقد بينا الخلاف فى هذه المسئلة وانما الشبهة في حرف وهو انه سمع دعوى المشترى الأخر أن الثمن الاول كان أقل مما سمى فى التولية منه حتى سمع بينته على ذلك واستحلفه على ذلك خصمه يقضى عليه بنكوله من اصحابنا رحمهم الله من يقول هو مناقض فى هذه الدعوى والمناقض لا قول له ولا طريق لظهور ذلك إلا اقرار البائع الا وسط . وبه ومنهم

من يقول بل دعوى الخيانة من المشترى الآخر بمنزلة دعوى العيب أو بمنزلة دعوى الحط ولو ادعى شيئاً من ذلك فأقام البينة قبلت بينته واذا لم يكن له بينة يستحلف خصمه. فكذلك هنا وان كان المولي قد باعه مرابحة قبل أن يرجع على البائع الاول بشيء ثم رجع عليه بقدر الخيانة يرد ذلك القدر وربحه علي المشترى منه بمنزلة مالو حط بائعه عنه بعض الثمن. قال(واذا اشترى شيئا من شريك له شركة عنان فلا بأس بأن يبيعه مرابحة)لانهما فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب ولهذا قبلت شهادة كل واحد منهما لصاحبه فان كان للاول فيه حصة فليس له أن يبيعه حصة نفسه مرابحة إلا على مااشتراه به لانه يملك حصته بالعقد الاول وانما يملك على شريكه بالعقد الثانى حصته فيبيع كل حصته مرابحة علي مااشتراه به. قال(وان كانت خادم لشريك مفاوض للخدمة فاشتراها شريكه منه للخدمة ثم بدأ له أن يبيعها مرابحة فله ذلك) لان هذا ليس من شركتهما وكل واحد منهما من صاحبه فيه كأجنبي آخر وكل شيء كان لاحدهما خاصة فالحكم فيه كذلك وكل شيء كان بينهما فلا يبيعه واحد منهما مرابحة اذا اشتراه من صاحبه الا على الاصل الاول لان العقد الثانى غير معتبر فان قبله كانت العين مشتركة بينهما شركة مفاوضة. فكذلك بعده بخلاف مايشترى أحد شريكى العنان من صاحبه للشركة لان ذلك شراء معتبر فانه يدخل في شركتهما ما لم يكن داخلا الا ان البائع فى حصة نفسه انما يبيعه مرابحة علي أقل الثمنين وهو مااشتراه به لانه متيقن بخروج ذلك القدر عن ملكه قال(عبد بين أثنين قام عليهما بمائة دينار فربح أحدهما صاحبه فى حصته ديناراً فلا بأس بأن يبيعه مرابحة علي مائة دينار ودينار)لانه يملك جميع العبد بهذا القدر وفي شركة الملك شراء أحدهما من صاحبه كشرائه من أجنبي آخر. قال(واذا اشترى الرجل متاعا ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز)ولكن لا ينبغى أن يقول قام على بكذا ولا أخذته بكذا فان ذلك كذب والكذب لا رخصة فيه ولكن يقول رقمه بكذا وأنا أبيعه مرابحة على ذلك وعن أبي يوسف (قال)هذا اذا كان المشترى ممن يعلم عادة التجار انهم يرقمون السلع بأكثر مما يشترون به فان كان لا يعلم ذلك فهذه خيانة وللمشترى حق الرد به اذا علم وهذا منه احتياط وقد كان يبالغ فى الاحتياط في باب المرابحة حتى(قال)اذا اشترى شيئا بأكثر من ثمنه مما لا يتغابن الناس فى مثله وهو يعلم ذلك فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو اشترى بالدين ممن عليه الدين شيئا وهو لا يشترى ذلك الشيء بمثل ذلك

الثمن من غيره فليس له أن يبيعه مرابحة وان كان يشترى بمثل ذلك الثمن من غير غريمه فله أن يبيعه مرابحة ـ واء أخذه بلفظة الشراء أو بلفظة الصلح وفى ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء فنقول مبنى الصلح على الحط والتجوز بدون الحق ومبنى الشراء على الاستقصاء والمماكسة ولو كان أصل الثوب له بميراث أو هبة أو وصية فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان جائزاً أيضا لانه ماأخبر المشترى بشئ هو كذب وانما (قال) قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق في ذلك فان صار المشترى مغبونا فيه فذلك من قبل جهله. قال (واذا باع الرجل المتاع بربح ده يازده أو بربح أحد عشر) فكذلك سواء ان كان المشترى قد علم بالثمن قبل عقده البيع وليس أن يرده لان مقدار الثمن وربحه معلوم له عند العقد وان لم يكن عالما بالثمن فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه ليكشف الحال له حين يعلم بمقدار الثمن وكذلك ان باعه له برقمه فللمشتري الخيار اذا علم بالرقم لما بينا قال؛ واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم باعه بوضيعة ده يازده عن الثمن فان الثمن يكون تسعة دراهم وجزء من احدى عشر جزءاً من درهم ولو باعه بربح ده يازدة كان الربح درهما ثم اذا باعه بوضيعة ده يازدة لم يجعل الوضيعة درهما ففي الحقيقة لا فرق بينهما فانه اذا باعه بربح ده يازدة كان الثمن أحد عشر درهما فالربح جزأ من احدى عشر جزءاً من الثمن وذلك أن تضرب العشرة فى احدى عشر فتكون مائة وعشرة فمقدار الوضيعة جزءاً من احدى عشر جزء وذلك عشرة أجزاء يبقى مائة جزء وكل احدى عشر جزءاً درهم وذلك تسعة دراهم وجزءا من احدى عشر جزءاً من درهم. قال (واذا اشترى ثوبا بخمسة دراهم واشترى آخر ثوبا بستة دراهم ثم باعهما بصفقة واحدة مرابحة ومواضعة فالثمن بينهما على قدر رأس ماليهما) لان الثمن الثاني في هذا النوع من البيع مبنى على الثمن الاول. قال (ولو ولى المشترى رجلا ثم حط البائع الاول عنه جميع الثمن فانه لا يحط عن الآخر شئ) لان حط الكل مبتدأ غيره. لتحق بأصل العقد فلا يثبت فى حق المولى والله أعلم

باب العيوب فى البيوع

(قال) رحمه الله واذا برئ البائع الى المشترى عند عقده البيع من كل عيب فهو جائز وان لم يسم العيوب عندنا) و(قال) الشافعي شرط البراءة عن العيوب المجهولة باطل الا أن يكون

عيبا في باطن الحيوان فله في ذلك قولان وفى البيع بشرط البراءة من كل عيب له قولان فى أحد القولين البيع . فاسد وفى القول الآخر البيع صحيح والشرط باطل واحتج بنهى النبي صلي الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهذا بيع غرر لانه لايدرى ان المعقود عليه على أى صفة هو ولان هذا شرط يمنع موجب العقد لان موجب المعاوضة استحقاق صفة السلامة وهذا الشرط يمنع من ذلك فهو نظير شرط يمنع الملك ولان البائع يلتزم تسليم المجهول لانه يلتزم تسليمه على الصفة التى عليها البيع . وذلك غير معلوم عند المتعاقدين والتزام تسليم المجهول بالبيع لايصح كبيع ثوب من العدل أو شاة من القطيع بخلاف ماإذا سمى العيب أوابرأه المشترى فان مايلتزم تسليمه بالعقد بعد تسمية العيب معلوم وما لا يمكن اعلامه نحو عود الجراحة أو يلحق الجرح باعلامه نحو مايكون في باطن الحيوان يسقط اعتباره للتعذر *والدليل على الفرق بين المسمى وغير المسمى ان المشترى لو عرض على انسان و(قال) اشتره فانه لاعيب به ثم وجد به عيبا كان له ان يخاصم فيه بائعه وبمثله لو قال اشتره فانه ليس بآبق ثم وجد به عيب الاباق لم يكن له أن يخاصم فيه بائعه وحجتنا فى ذلك ماروى انزيد بن ثابت رضى الله عنه ابتاع مملوكا من عبد الله بن عمر رضى الله عنهما بشرط البراءة من كل عيب ثم طعن فيه بعيب فاختصما الى عثمان بن عفان رضي الله عنه لحلفه بالله لقد بعته وما به عيب يعلمه وكتمته فنكل عن اليمين فرده عليه فقد اتفقوا علي جواز البيع بهذا الشرط وانما اختلفوا فى صحة الشرط فيستدل باتفاقهم على جواز البيع وبقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم على صحة الشرط والكلام فى شرط صحة البراءة من كل عيب ينبنى على صحة الابراء عن الحقوق المجهولة فالشافعى لايجوز ذلك وقد قام الدليل على جوازه انا فى ذلك حديث على رضى الله عنه حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم ليصالح بنى جذيمة فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقى في يديه مال فقال هذا لكم ما لاتعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر فهذا دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة والمعنى فيه انهذا إسقاط حق لايحتاج فيه الي التسليم فيصح فى المجهول كالطلاق والعتاق وتأثيره ان نفس الجهالة لا تمنع صحة لالتزام ولكن جهالة تفضي الى تمكن المنازعة ألا ترى ان التمليكين يصح فى هذا وهذا أضيق من الاسقطات ثم الجهالة التى لا تفضى الى المنازعة لا تمنع صحة التمليك كجهالة القفيز من الصبرة فلان لايمنع صحة الاسقاط أولى فالسقوط يكون متلاشيا

لا يحتاج فيه الي التسليم والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة أولى ولا معنى لقول من يقول ان الايجاب في المجهول في معنى التعليق بشرط البيان فما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح ايجابه في المجهول لان الشرط داخل على نفس السبب حتى يجعله في حكم تصرف آخر هو يمين والجهالة تدخل على حكم السبب فاذا كانت تفضي الى المنازعة يتعذر اثبات الحكم مع الجهالة واذا كانت لا تفضي الي المنازعة لا تتعذر فلا يمنع صحته اذا ثبت صحة هذا الشرط ثبت جواز العقد معه لان هذا الشرط يقرر مقتضى العقد ومقتضى العقد اللزوم والعقد بهذا الشرط يلزم سليما كان المبيع أو معيبا ثم البائع بهذا الشرط يمتنع من التزام ما لا يقدر على تسليمه لان عند اطلاق العقد يلتزم تسليم المبيع بصفة السلامة واذا كان معيبا فهو عاجز عن تسليمه سليما وعند هذا الشرط يلتزم التسليم على الصفة التي عليها المبيع وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة والقدرة على التسلم شرط جواز العقد لا ان يكون موجبا فساد العقد ثم لا تتمكن جهالة فى المبيع بهذا الشرط لانه مشار اليه معلوم بالاشارة الى عينه والى مكانه وليس مقصوده من هذا الشرط الاقرار بالعيوب به فلا يجتمع كل عيب فى عيب واحد وانما يقصد بذكر هذا الشرط التزام البيع والتزام التسليم على وجه يقدر عليه وهذا من الحكمة . ولهذا قلنا ان المشترى بقوله لا عيب به لا يصير مقرا باسقاط العيوب عنه بل قصده من ذلك ترويج السلعة بخلاف قوله ليس بآبق ففى تخصيصه هذا العيب بالذكر مايدل على ان مراده نفى هذا العيب عنه ولئن تمكنت جهالة في وصف المعقود عليه بهذا الشرط فهى جهالة لا تفضى الى المنازعة فلا يؤثر فى العقد كجهالة مقدار العيب المسمى . وكان ابن أبي ليلي رحمه الله يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت المسئلة بينه وبين أبى حنيفة في مجلس الدوانيقي فقال له أبو حنيفة أرأيت لو ان بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص أكان يلزمها ان يرد ذلك المشترى وما زال به حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به فاذا عرفنا جواز العقد لهذا الشرط (قلنا) تدخل فيه البراءة من كل عيب موجود به وقت العقد فان حدث به عيب آخر بعد البيع قبل التسليم فهو داخل فى هذه البراءة أيضا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله و(قال) محمد وزفر والحسن رحمهم الله لا تدخل البراءة عن العيب الحادث فى هذا الشرط وهو رواية عن أبى يوسف لان ذلك مجهول لا يدرى أيحدث أم لا وأى مقدار يحدث ولو صرح بالتبري من

العيب الذى يحدث قبل القبض فسد به العقد ولو دخل فى هذا الشرط لفسد العقد به أيضا فابو يوسف رحمه الله يقول العيب الحادث قبل القبض لما جعل كالموجود عند العقد فى ثبوت حق الرد فكذلك يجعل كالموجود عند العقد فى دخوله فى شرط البراءة من كل عيب وهذا لان مقصود البائع اثبات صفة اللزوم للعقد والامتناع من التزام مالا يقدر على تسليمه وفى هذا لافرق بين العيب الموجود والحادث قبل القبض ولا رواية عن أبى يوسف فيما اذا نص على البراءة عن العيب الحادث وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام نفس العقد الموجب للرد فى صحة الاسقاط. ولئن سلمنا فنقول هنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيه مايحدث قبل القبض تبعا لان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما وقد يدخل فى التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب في بيع الارض والمنقولات في وقف القربة ولو كان شرط البراءة من كل عيب به فهذا يفسد العيب الموجود فلا يتناول الحادث بالاتفاق وان اختلفا في عيب (فقال) المشتري أنه حدث بعد العقد و قال) البائع بل كان موجوداً عند العقد فان كان شرط البراءة من كل عيب فالقول قول المشتري وان كان شرط البراءة من كل عيب فعلى قول محمد القول فى ذلك قول البائع وعند زفر القول قول المشترى لانه هو المسقط لحقه فالقول فى بيان ما أسقط قوله كما فى الفصل الاول ومحمد يقول قد ظهر المسقط مطلقا فالمشترى اذا ادعى خروج شيء بعينه من ذلك المطلق لا يقبل قوله فى ذلك الا بحجة كما لو أبرأه عن كل حق له عليه ثم اختلفا فى دين انه كان موجوداً وقت الابراء أو حدث بعده فانه يجعل القول قول من يدعى دخوله فى البراءة المطلقة لهذا المعنى بخلاف ماذا شرط البراءة من كل عيب به لان المسقط هناما ظهر إلا مقيداً بوصف فاذا أنكر المشترى فى عيب عينه انه ما دخل فى ذلك الايجاب المقيد وجب المصير الى قوله كما في البراءة المقيدة بمكان أو زمان. قال(واذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب فى خادم ثم اشتراها أحد الشاهدين بغير براءة فوجد بها عيباً كان له أن يردها) لان البراءة من كل عيب لا تتضمن الاقرار بوجود كل عيب فيها فلا يكون الشاهد راضيا بعيب فيها بعد تلك الشهادة وكذا لو شهدا على البراءة من الأباق ثم اشتراها أحدهما فوجدها آبق فله أن يردها لان الاباق مذكور في البراءة مطلقا غير مضاف اليها فلا يكون ذلك اقراراً من الشاهد ولا من المشترى بوجود ذلك فيها بمنزلة البراءة من كل عيب ولو شهدا انه تبرأ

من إباقها ثم اشتراها أحد الشاهدين فوجدها آبقة فليس له أن يردها لان الاباق هنا مضاف اليها بحرف الكتابة وتخصيصه من بين سائر العيوب بالاضافة اليها يكون اخبارا بوجوده فيها فالشاهد أقدم على شراءها وهو عالم بعيبها فلا يكون له أن يردها بالعيب. قال (واذا اشترى جارية ولم يتبرء البائع من عيوبها فوطئها المشترى ثم وجد بها عيبا فليس له أن يردها بالعيب عندنا بكرا كانت أو ثيبا عند ما اشتراها) و(قال) الشافعي رحمه الله ان كانت بكرا فكذلك الجواب وان كانت ثيبا فله أن يردها بالعيب ولا يغرم للوطء شيئا و(قال) ابن أبي ليلى يردها بكرا كانت أو ثيبا ويرد معها عقرها وعقرها عشر قيمتها ان كانت بكرا أو نصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا وجه قول الشافعي انه قادر على ردها كما قبضها فله أن يردها كما قبل الوطء وهذا لان الوطء في الثيب لا يوجب نقصانا في عينها حقيقة ولا حكما وانما استوفى منها محض منفعة فهو كما لو استخدمها ثم اطلع على عيب بها بل أولى فان الاستخدام يعيبها والوطء ينعشها بخلاف ما اذا كانت بكرا فالوطء هناك يفوت جزء منها فان صفة البكارة في الجارية بمنزلة جزء من عين هو مال متقوم ولهذا استحق بالبيع شرطا * والدليل على الفرق ان المشترى بعد ما وطء البكر ليس له أن يبيعها مرابحة من غير بيان وفي الثيب له أن يبيعها مرابحة بعد الوطء من غير بيان. وكذلك لو كانت ذات زوج فوطئها الزوج عند المشترى فان كانت بكراً ليس للمشتري أن يردها بعيب النكاح بعد ذلك وان كانت ثيبا فله ذلك. وكذلك البائع اذا وطئ المبيعة قبل القبض فان كانت ثيبا لم يسقط شيئا من الثمن ولا يتخير المشتري به في قول أبي حنيفة بخلاف ما اذا كانت بكرا وبهذه الفصول يتبين ان الوطء في الثيب بمنزلة الاستخدام وكما ان الوطء لا يحل الا في الملك فالاجبار على الخدمة لا تحل الا في الملك ثم لا يمنع نسبة الرد بالعيب * وحجتنا في ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم فقد قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما لا يردها بعد الوطء و(قال) عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما يردها ويرد معها عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا فقد اتفقوا على ان الوطء لا يسلم للمشترى مجانا فمن قال يردها ولا يرد معها شيئا فقد خالف أقاويل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وكفى باجماعهم حجة عليه ثم انهم كانوا مجمعين على ان الوطء بمنزلة الجناية الا انه كان من مذهب عمر وزيد رضوان الله عليهما ان المشترى اذا جنى عليها ثم علم بعيب يردها ويرد معها الارش ففي الوطء اجابا نحو ذلك وعلي وابن مسعود رضي الله

عنهما كان يقولان لا يردها بعد الجناية فكذلك بعد الوطء وبالاجماع بيننا وبين الشافعي الجناية تمنع الرد. فكذلك الوطء وهو المعنى الفقهي في المسئلة ان الوطء يسلك فيه مسلك الجناية فيمنع الرد بمنزلة الجناية عليها بنفسها* والدليل على اثبات هذا الوصف اتفاق الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين كما بيناه والدليل على ان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين فان المستوفي بالوطء ما يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح في حكم العين ولهذا لا يملك العقد الا مؤبداً والدليل عليه ان استيفاءه في غير الملك لا يخلو عن عقوبة أو غرامة واستيفاء المنفعة تنفك عن ذلك وان المستوفي بالوطء مصون عن الابتذال حتى لا يجوز استيفاؤه بالبدل بدون الملك والمصون من الآدمي نفسه واجزاؤه لا منافعه والمنفعة تتبدل من الآدمي كما تتبدل من غيره فاذا ثبت انه في حكم جزء من العين فاستيفاؤه كاستيفاء جزءه بالجناية. وذلك يمنعه من الرد بالعيب والدليل عليه ما اذا كانت بكرا تقرر ما قلنا ان الرد بالعيب فسخ للعقد من الاصل ولهذا لو كان موهوبا كان للواهب أن يرجع فيه ولو كان مبيعا كان للبائع أن يرده على بائعه ولو لم يتعذر ردها بالعيب لاجل الوطء لكان اذا ردها ويفسخ العقد من الاصل تبين أن وطأه اياها كان في غير الملك والوطء لا يحل الا في الملك فالتحرز عن الوطء الحرام قلنا لا يردها والوطء في غير الملك بمنزلة تناول جزء من العين حتى لا ينفك عن عقوبة أوغرامة وبهذا فارق حكم بيع المرابحة لانه لا يتبين بالبيع مرابحة ان وطأه إياها كان في غير الملك ولان ذلك في حكم جزء من العين أيضا ولكن هو جزء وهو ثمرة لما لم يتمكن به نقصان في العين وذلك لا يمنع بيع المرابحة عندنا فانه لو تناول لبن الشاة واعلفها بقدره كان له أن يبيعها مرابحة وهذا بخلاف وطء الزوج إياها عند المشترى لان ذلك حصل بتسليط البائع وايجابه له بالنكاح فيجعل كفعل البائع بنفسه بخلاف ما اذا كانت بكراً فانه بالنكاح يوجب الوطء للزوج لا صفة البكارة فيصير أصل الوقت مضافا الى البائع ولكن بزوال صفة البكارة لا يصير مضافا الى البائع فكأنها ذهبت الى المشترى من غير صنع أحد أو بصنع انسان بأصبع أو خشبة. وذلك يمنع المشترى من ردها وكذلك وطء البائع قبل التسليم فثبوت الخيار للمشترى وسقوط شيء من الثمن اذا كانت بكرا باعتبار صفة البكارة دون الوطء وهذا لان المستوفى بالوطء في حكم جزء هو ثمرة كما بينا. وذلك لا يوجب الخيار للمشترى كتناول الثمار واللبن الا ان ذلك مال متقوم فيقابله جزء من الثمن اذا صار مقصوداً بتناول البيع وهذا الجزء ليس بمال

متقوم ألا ترى انه يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح ليس بمال فلا يقابله شئ من الثمن ثم المبيعة قبل التسليم في ضمان البائع وفى حكم الوطء انما تصير مملوكة للمشترى بالقبض فان الوطء تصرف وملك التصرف يثبت للمشترى بالقبض ولهذا لا يجتزأ بالحيضة التى توجد قبل القبض من استبراء المشترى فلهذا لم يوجب العقد على البائع اذا وطئها وسنقرر لأبى حنيفة الكلام فى موضعه إن شاء الله تعالى وهذا بخلاف الاستخدام فالمنفعة ليست فى حكم جزء من العين ولكنها أعراض تحدث شيئا فشيئا وهو يتبدل ويجوز استيفاؤها فى عين الملك واستيفاؤها يخلو عن عقوبة أو غرامة فاكثر ما فيه انه يتبين بالرد انه استخدمها في غير ملكه وذلك لا يوجب عليه شيئا فلهذا لا يمنع الرد بسبب الاستخدام بخلاف الوطء اذا ثبت انه لا يمكنه ردها بالعيب قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن لان الجزء الفائت صار مستحقا بالعقد للمشترى وقد تعذر تسليمه اليه فيرد حصة من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن فطريق معرفة ذلك ان يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن الا ان يقول البائع ردها عليّ فأنا أرضى بذلك فحينئذ يردها لان المانع من الرد حقه وقد زال حين رضي به * ولو لم يطأها ولكن حدث بها عيب عند المشترى ووجد بها عيب لم يردها عندنا وقال ابن أبى ليلى يردها ويرد معها نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد العين بمنزلة رد العين ولكنا نقول حق الرد للمشترى انما ثبت لدفع الضرر عن نفسه وانما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبائع وبعد ما تعيب عنده لو ردها كان فى ذلك الحاق الضرر بالبائع ولا يقال لا بد من الحاق الضرر باحدهما فيترجح جانب المشترى في دفع الضرر عنه لان البائع دلس له العيب والمشترى صار مغروراً من جهته وهذا لان الشرع ينظر لهما جميعا والضرر عن المشترى يندفع اذا أثبتنا له حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فان لم يندفع فذلك لعجزه عن الرد كما قبض لا لتصرف يباشره البائع ولو رده تضرر البائع بتصرف يباشره المشترى وهو ردها عليه فكان مراعاة جانب البائع أولى من هذا الوجه واذا لم يردها رجع بنقصان العيب من الثمن كما بينا إلا ان يرضى البائع بان يردها عليه لان المانع من الرد حق البائع وقد رضي بالتزام هذا الضرر * قال (فان باعها المشترى بعدما رأى العيب بها وقد وطئها

أو تعيبت عنده لم يكن له ان يرجع على البائع) بنقصان عيبها لان البائع يقول أنا أقبلها فإنما تعذر الرد ببيع المشترى اياها بعد العلم بالعيب وذلك يمنعه من الرجوع بحصة العيب والاصل فى جنس هذا أن فى كل موضع يجوز ردها برضا البائع فاذا باعها المشترى لم يكن له أن يرجع بنقصان عيبها وفى كل موضع لم يكن له ان يردها وان رضي البائع فبيعه إياها لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب لان تعذر الرد هنا بمعنى حكمى دون بيع المشترى اياها وفي الاول انما تعذر الرد ببيع المشترى إياها فكأنه حبسها عنده وأراد الرجوع بنقصان العيب وعلى هذا لو اشترى ثوبا فقطعه ولم يخطه حتى رأى به العيب ثم باعه لم يكن له أن يرجع بنقصان العيب لان بعد القطع يجوز رده اذا رضى به البائع وإنما تعذر الرد ببيع المشترى إياه ولو قطعه وخاطه ثم رأى به العيب فباعه كان له ان يرجع بنقصان العيب لان الرد كان متعذرا قبل البيع وان رضي به البائع بصفة الخياطة التى أحدث المشترى فيه وكذلك لو اشترى ثوباً فصبغه بعصفر أوزعفران ثم وجد به عيبا فباعه رجع بنقصان العيب لان الرد كان متعذرا قبل البيع للزيادة الحادثة فى الثوب من ملك المشترى ولو صبغه اسود فكذلك الجواب عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان السواد عندهما زيادة وعند أبى حنيفة السواد نقصان كالقطع فانما تعذر الرد ببيعه اياه فلا يرجع بنقصان العيب وقد ذكرنا هذا فى كتاب الغصب * قال (ولو وطئها غير المشترى بزنا لم يردها المشترى بالعيب لحدوث العيب بها عنده بالزنا فالزنا عيب فى الجارية ولكنه يرجع بنقصان العيب الا أن يقول البائع ردها علي " وهذا بخلاف ما اذا جنى عليها أجنبي فالجناية توجب الارش والارش زيادة منفصلة متولدة من العين حكما وذلك يمنع ردها بالعيب عندنا وان رضي البائع بذلك على ما يذكره وأما الزنا فلا يوجب إلا الحد ووازن الارش النكاح فان المشترى لو زوجها فوطئها الزوج أو لم يطأها ثم وجد بها عيبا لم يكن له أن يردها به لمكان المهر الذى وجب بالنكاح للمشترى وكذلك لو وطئت بالشبهة وأخذ المشترى العقد لم يردها بالعيب بعد ذلك وان رضي البائع به ولكن يرجع بنقصان العيب لان الرد قد تعذر فيدفع الضرر عن المشترى برد حصة العيب من الثمن عليه وكل عيب وجده المشترى في السلعة فعرضها بعد مارآه على بيع أواطئها أوقبلها أولمسها بشهوة أو أجرها أو رهنها أو كاتبها فذلك رضا منه بالعيب وليس له ان يردها ولا يرجع بنقصان عيبها لانه يعرضها على البيع لحاجته الى ثمنها وذلك دليل الرضا منه بسقوط حقه من

الثمن المدفوع الى البائع ودليل الرضا كصريح الرضا وأما الوطئ ودواعيه فلا يحل الا في الملك المتقرر فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرر ملكه فيها ولو وجد ذلك قبل العلم بالعيب امتنع ردها بالعيب كان هذا في القياس رضا فبعد العلم بالعيب أولى الا أن قبل العلم بالعيب لم يصر هو راضيا بالعيب فيرجع بالنقصان وبعد العلم بالعيب يصير هو بالاقدام على هذا الفعل راضيا بالعيب ولا يرجع بالنقصان وأما الإجارة والرهن فلانه أوجب هذا التصرف للغير فيها حقاً لازماً وذلك يعجزه عن ردها فالإقدام عليه دليل الرضا بالعيب والكتابة توجب لها حقا لازما فى نفسها وذلك يعجزه عن ردها فالاقدام عليه دليل الرضا بالعيب ودليل الرضا فيما يسقط الخيار كصريح الرضا * قال (ولو استخدمها بعد العلم بالعيب كان هذا فى القياس رضا) لانه يستخدمها لملكه فيها فالاقدام عليه دليل الرضا ويتقرر ملكه وفى الاستحسان هذا لا يكون رضا بالعيب لان الناس قد يتوسعون فى الاستخدام فقد يستخدم الإنسان ملك غيره بأمره وبغير أمره وانما يستخدمها للاختبار انها مع هذا العيب هل تصلح لخدمته ام لا فكان ذلك اختبار الا اختيارا ولو كان ثوباً فلبسه فهو رضا منه لانه تصرف بحكم الملك وقلما يفعله الإنسان فى ملك غيره فيكون ذلك منه دليل الرضا فيتقرر ملكه وكذلك ان كانت دابة فركبها غير أنى استحسن اذا ركب الدابة ليعلفها أو ليسقيها أو ليردها ان لا يكون هذا رضا منه لانه يحتاج في ردها الى سوقها وربما لا تنقاد له مالم يركبها وكذلك في سقيها وعلفها فالركوب لاجله لا يكون دليل الرضا منه وانما دليل الرضا أن يركبها في حاجة نفسه أو يسافر عليها * قال (واذا ولدت الجارية عند الرجل أو وطئها ثم باعها وكتم ذلك فليس للمشترى أن يردها) لان هذا ليس بعيب لازم لان العيب مايعده التجار عيبا أو يؤثر نقصاناً في المالية وصفة الثيوبة لا يعدها التجار عيبا فالجوارى عليها في أغلب أحوالهن والبكارة صفة زائدة لا تستحق الا بالشرط والولادة كذلك فالنقصان الممكن فيها بسببها يزول بمضي المدة وبعد زواله لا أثر له فى مالية العين فلا يعده التجار عيباً وفى كتاب المضاربة يقول الجارية اذا ولدت فهذا فيها عيب لازم أبدا فللمشترى ان يردها اذا علم بذلك لانه يدخل عليها بالولادة كسر لا يرتفع ويظهر ذلك في عكن بطنها ولا بأس بأن يبيعها مرابحة بعد ما وطئها ان لم يكن الوطء نقصها لان المعتبر فى بيع المرابحة عرف التجار وهم لا يعدون هذا من الخيانة ولان المستوفي بالوطء ليس بمال وبيع المرابحة يلاقى

ماليتها فاستيفاء ما ليس بمال منها اذا كان لا يوجب النقصان فى ماليتها لا يعتبر فى بيع المرابحة بخلاف ما اذا كانت بكراً فان الوطء فى هذه الحالة يؤثر نقصاناً في ماليتها والنقصان فيها اذا كان بفعل المشترى فذلك يمنعه من أن يبيعها مرابحة * قال (واذا اشترى جارية فأعتقها أو دبرها أو ولدت له ثم وجد بها عيباً فليس له ان يردها) لبطلان ملكه فيها وخروجها من أن يكون محلاً للنقل من ملك الى ملك وفى القياس ليس له أن يرجع بنقصان العيب لان تعذر الرد كان بفعل المشترى فهو كما لو قبلها وهذا لانه لما اكتسب سبباً يتعذر الرد فيه كان حابساً لها حكماً فكانها في يده يحبسها ويريد الرجوع بنقصان العيب وفى الاستحسان يرجع بنقصان عيبها لان ملكه تقرر فيها بما صنع أما التدبير والاستيلاد فلا يزيل الملك ولكنها تخرج من أن تكون محل النقل من ملك الى ملك وأما العتق فهو منهٍ للملك لان الملك فى الآدمى الى وقت العتق والشئ ينتهى بمضي مدته والمنتهى متقرر فى نفسه ولهذا قلنا يثبت الولاء بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك فمتى تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة أو حكما يرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بصفة السلامة كما لو تعيب فى يده * يوضحه أنها لو ماتت عنده رجع بنقصان العيب لانه بالموت تنتهى مدة حياته والملك فيها باعتبارها فكذلك بالعتق ينتهى الرق والمالية فيها باعتبارها * وأما اذا قتلها فقد روي عن أبى يوسف انه يرجع بنقصان العيب أيضا لان القتل موت بأجل فكأنها ماتت حتف أنفها وفى ظاهر الرواية قال لا يرجع بعد القتل بنقصان العيب لان القتل فعل مضمون لو باشره فى ملك الغير كان موجبا للضمان عليه وانما استفاد البراءة عن الضمان هنا لملكه فيها وذلك فى معنى عوض سلم له فكانه باعها بخلاف العتق فانه ليس بفعل موجب للضمان على الانسان في ملك الغير على الاطلاق لان عتقه فى ملك الغير لا ينفذ ومن أحد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقاً حتى اذا كان معسراً لم يضمن شيأ فهو لم يستفد عوضا عن ملكه حقيقة وحكماً وكذلك ان ماتت لانه لم يوجد منه فعل مضمون فيها أما اذا باعها ثم علم بالعيب فيها لم يرجع بنقصان العيب لانه لو خاصم انما يخاصم في عيب ملك الغير ولانه نال العوض حيث باعها بصفة السلامة ولان البيع والتسليم فعل مضمن فى ملك الغير فهو بمنزلة القتل والهبة والصدقة فى هذا كالبيع لانه أوجب الملك فيها باختياره فيكون قاطعا ملكه الذى استفاده من جهة

البايع فكان كالبيع ثم هـذا فعل مضمون فى ملك الغير فإنما استفاد البراءة عن الضمان باعتبار ملكه فيها * قال (ولو باع منها بعضا لم يكن له ان يرد ما بقي عنـدنا وقال ابن أبى ليلى له ذلك إلا ان يشاء البائع أن يرد عليـه نقصان العيب) لانه يتمكن من رد ما بقي ولكنه معيب بعيب الشركة ولو تعيب فى بده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب الا ان يشاء البائع ان يقبلها معيبة فهذا مثله ولكنا نقول عجز عن رد الباقي على الوجه الذى قبض لانه قبض غير معيب وانما حدث عيب الشركة عنده وذلك يمنعه من الرد وسبب هذا كان بيع النصف ومتى كان تعذر الرد بسبب البيع فليس له ان يرجع بشئ من نقصان العيب كما لو باع الكل وعند زفر له أن يرجع بنقصان العيب فى النصف الذى لم يبع اعتبارا للبعض بالكل اذا لم يبع ولو كاتبها فالكتابة نظير البيع من حيث انه يوجب لها حقا بعوض يستوجبه المولى عليها فلا يرجع بنقصان العيب بعد ذلك وكذلك لو أعتقها بمال فيما رواه أبو يوسف عن أبى حنيفـة رحمهما الله لانه أزال ملكه عنها بعوض فهو كما لو باعها وفى رواية أخرى يرجع بنقصان العيب لان العتق منه للرق سواء كان بعوض أو بغير عوض ألا ترى انه يثبت به الولاء فى الموضعين جميعا ولو قتلها أجنبي لم يرجع بنقصان العيب على البائع لانه أخذ العوض من القاتل فكان ذلك بمنزلة عوض سلم له بالبيع وكذلك لو كان ثوبا فاحرقه أجنبي أو طعاما فأكله لانه قد سلم للمشترى العوض من جهته وكذلك ان كان المشترى هو الذي أحرقه لانه قد استفاد البراءة عن الضمان بسبب ملكه * قال (ولو لبس الثوب حتى تخرق أو أكل الطعام ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمـد رحمهما الله يرجع بنقصان العيب من الثمن استحسانا) لانه صنع بالمبيع ما يشترى لاجله ويعتاد فعله به فلا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب كما لو أعتق العبد وأبو حنيفة يقول تعذر الرد بفعل مضمون منـه فى المبيع فلا يرجع بنقصان العيب كالاحراق والقتل وهذا لان اللبس والاكل موجب للضمان عليـه فى ملك الغير وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه فى المحل فذلك بمنزلة عوض سلم اليه وكما ان الأكل واللبس مقصودان بالشراء فالمبيع مقصود بالشراء ثم لايعتبر ذلك المعنى في اثبات حق الرجوع له بنقصان العيب لسـلامة العوض له فكذلك الأكل وان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبى حنيفة بمنزلة مالو باع البعض لان الطعام فى الحكم كشئ واحـد

فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض * وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان فيما اذا أكل البعض فى احدى الروايتين يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام فى حكم شئ واحد يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولي وفى الرواية الأخرى يرد ما بقى لان هذا مما لا يضره التبعيض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله وبعد بيع البعض عنهما روايتان أيضا ففى احدى الروايتين لا يرجع بشئ كما هو قول أبى حنيفة لان الطعام في حكم شئ واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفى الرواية الاخرى يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا باع اعتبارا للبعض بالكل * قال (واذا طحن الحنطة أو لت السويق ثم علم بعيب به كان له ان يرجع بنقصان العيب) لان الملك المستفاد له بالشراء باق وانما تعذر الرد لمكان الزيادة التى هى غير متولدة من العين بمنزلة الثوب اذا قطعه وخاطه أو صبغه فله أن يرجع بنقصان العيب * قال (واذا اشترى خفين أو نعلين أو مصراعي باب فوجد فى احداهما عيبا فله ان يردهما جميعا) لانهما فى الصورة شيئان وفي المنفعة والمعنى كشئ واحد فانه لا يتأتى الانتفاع المقصود باحداهما دون الأخرى والمعتبر هو المعنى وفى الشئ الواحد وجود العيب بجزء منه ممكن من رد الكل لانه لو رد المعيب خاصة لعاد الى البائع بعيب حادث اذ التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب فى كل واحد منهما فان كان قد باع الذى ليس به عيب لم يكن له ان يرد ما بقى ولا يرجع بشئ كما في الشئ الواحد حقيقة اذا باع بعضه أما اذا اشترى ثوبين أو عبدين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر له ان يردهما جميعا وليس له أن يرد احدهما لان الصفقة واحدة وضم الجيد الي الردىء عادة معروفة ولو رد المعيب تضرر البائع بذلك فليس له ذلك الا أن يردهما جميعا كما فى الفصل الأول ألا ترى انه فى الرد بخيار الشرط والرؤية ليس له ان يفرق بينهما وكذلك فى الرد بالعيب قبل القبض فكذلك بعد القبض ولكنا نقول الصفقة قد تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة ثم علة الرد العيب وذلك وجد فى احدهما والحكم انما يثبت بحسب العلة ألا ترى أنه لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير فى الآخر فكذلك اذا وجد العيب في احدهما بخلاف

النعلين فهناك لو استحق احدهما كان له ان يرد الآخر لاتصال أحدهما بالآخر انتفاعاً وبخلاف خيار الشرط والرؤية لان ذلك يمنع تمام الصفقة بالقبض وكذلك خيار العيب قبل القبض لان الصفقة لا تتم قبل القبض وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز ثم ان تضرر البائع هنا من الوجه الذى ذكره زفر فكذلك من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشترى وليس من ضرورة ثبوت الخيار له فى احدهما ثبوته فى الآخر كما لو سمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه فى احدهما بعينه * قال (واذا اشترى عبدا ثم باعه فرد عليه بعيب بغير قضاء قاض فليس له ان يرده على بائعه بالعيب) لان هذا بمنزلة الإقالة فانه حصل بتراضيهما والإقالة في حق البائع الأول بمنزلة بيع مبتدإ فلم يعد اليه الملك المستفاد من جهة البائع الأول في حقه فلهذا لا يخاصمه في عينه * قال (ولو قبله بقضاء قاض ببينة قامت عليه أو باباء اليمين أو باقرار عند القاضى انه باعه والعيب به وهو لا يعلم به كان له ان يرده على الأول ان كان له على العيب بينة والا استحلفه) لان الرد عليه بقضاء القاضي فسخ فان للقاضى ولاية الفسخ بسبب العيب دون ابتداء البيع فيعود اليه الملك المستفاد من جهة البائع فهو على خصومته فى العيب معه بمنزلة مالو وهبه ثم رجع فى الهبة إلا أن في الرجوع في الهبة القضاء وغير القضاء سواء بخلاف الرد بالعيب وقد قررنا هذا الفرق فى كتاب الهبة * قال (ولو اشترى جارية ولها زوج أو عبدا وله امرأة فله أن يردهما بالعيب) لان النكاح مما يعده التجار عيبا في الغلام والجارية جميعا ولان المقصود بملك الجارية الاستفراش وهذا المقصود يختل اذا ظهر أنها منكوحة الغير وفي العبد بسبب النكاح يلزمه نفقة امرأته وذلك ينقص من ماليته فلهذا كان النكاح عيباً فيهما جميعا واذا اشترى شاة أو بقرة فحلبها وشرب اللبن ثم علم بعيبها لم يكن له أن يردها بالعيب ولكنه يرجع بنقصان العيب عندنا وقال الشافعى يردها بالعيب بجميع الثمن والأصل أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان زيادة غير متولدة من العين كالصبغ فى الثوب والسمن والعسل في السويق وهى تمنع الرد بالعيب بالاتفاق لمراعاة حق المشترى فى مالية الزيادة والزيادة المتصلة التي هى متولدة من الأصل كالسمن وانجلاء البياض من العين وثياب اللبس لا يمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية لانه لا معتبر بها فى عقود المعاوضات ألا ترى انها اذا حدثت قبل القبض لا يتغير حكم انقسام الثمن بسببها وقيل

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذه الزيادة تمنع الرد بالعيب وعند محمد لا تمنع على قياس مسئلة التحالف وقد تقدم بيانها وأما الزيادة المنفصلة فهي نوعان عين متولدة من الأصل كالكسب والغلة فلا تمنع الرد بالعيب ولكن الزيادة تسلم للمشترى به ورد الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الخراج بالضمان ثم الكسب والغلة بدل المنفعة وسلامة المنفعة للمشترى لا تمنع رد الأصل بالعيب بجميع الثمن فكذلك سلامة بدل المنفعة * وأما الزيادة المنفصلة التي هي متولدة من الأصل كاللبن والثمار والولد والعقد اذا وطئت الجارية بالشبهة والأرش اذا جنى عليها بعد ما قبضها المشترى فهو يمنع رد الأصل بالعيب عندنا وعند الشافعى لا يمنع ولكن يرد الأصل بجميع الثمن والزيادة تسلم للمشتري لان هذه زيادة تملك بسبب ملك الأصل فلا يمنع رد الأصل بالعيب كالكسب والغلة وتأثيره انه لا يقابل هذه الزيادة شئ من الثمن لانها لم تكن موجودة لا عند العقد ولا عند القبض فكان جميع الثمن بمقابلة الأصل ألا ترى ان هذه الزيادة اذا هلكت من غير صنع أحد كان له أن يرد الأصل بالعيب بجميع الثمن فكذلك اذا كانت قائمة في يد المشترى أو استهلكها أو غيره وبهذا يتبين ان هذه الزيادة ليست بمبيعة لان المبيع ما يقابله الثمن فلو صارت هذه الزيادة مبيعة لقابلها شيء من الثمن كما قلتم في الزيادة الحادثة قبل القبض اذا قبضها المشترى مع الأصل والدليل عليه أنه لا يرد هذه الزيادة بعيب اذا وجدبها فلو صارت مبيعة لثبت فيها حكم الرد بالعيب ويجوز فسخ سبب الملك في الأصل مع بقاء الزيادة سالمة للمتملك كالموهوبة اذا زادت زيادة منفصلة ثم رجع الواهب فيها تبقى الزيادة سالمة للموهوب له *(وحجتنا)* في ذلك ان تملك المشترى في هذه الزيادة تملك مبيع فلو رد الأصل بجميع الثمن لبقيت الزيادة له مبيعاً بلا ثمن وذلك ربا وبيان هذا انه لا سبيل لملك الزيادة سوى التولد من الأصل وانما يسرى اليها الملك الثابت في الأصل وملكه في الأصل ملك مبيع لان هذا الملك يثبت له بالشراء وما ثبت فهو باق من غير دليل منفى حتى يقوم الدليل والدليل عليه ان باعتبار قيام ذلك الملك التصرف في العقد بالاقالة واذا ثبت ان ملكه في الأصل ملك مبيع فذلك الملك يسرى الى الزيادة لان المتولد من عين الشيء يكون بصفته ألا ترى ان ولد المكاتبة وولد أم الولد من غير السيد يكون الملك فيه بصفة الملك في الاصل وبه

فارق الكسب والغلة لانه ملكه بسبب مبتدإ وما سرى اليه ملك الأصل ألا ترى ان كسب المكاتب لا يثبت فيه حكم الكتابة فاذا ثبت أن هذه الزيادة فى حكم المبيع قلنا ليس بمقابلتها شئ من الثمن لانها بيع محض والثمن بمقابلة الأصل دون البيع كاطراف المبيع لايقابلها شئ من الثمن الا ان يصير مقصودا بالتناول فكذلك الزيادة ان حدثت قبل القبض ثم قبضها المشترى مع الأصل صارت مقصودة بالتناول فيقابلها جزء من الثمن ومن ضرورة ذلك استحقاق صفة السلامة فيها فاذا وجد بها عيبا كان له أن يردها بذلك وقبل القبض لما كان لا يقابلها شئ من الثمن كان ردها مقصودا ولكن يردها مع الاصل تبعا واما الزيادة الحادثة بعد القبض فلم تصر مقصودة بالتناول والقبض بحكم العقد فلا يقابلها ثمن فلهذا لا يكون له أن يردها ولا يرد الأصل دونها بجميع الثمن لانها تبقى مبيعة سالمة للمشترى بغير عوض والربا ليس الا هذا ولهذا لا يملك ردها وان رضي البائع لان تعذر الرد لحق الشرع ولهذا رجع بالنقصان وان باعها بعد العلم بالعيب لان الرد ممتنع لمكان الزيادة سواء رضي البائع بذلك أولم يرض ولا يقال قبل رد الاصل الزيادة تسلم للمشترى مبيعا بلا ثمن فكذلك بعد رد الأصل لان قبل رد الأصل الزيادة تبع فتكون الزيادة بمقابلة الأصل يغنى عن اعتبار الثمن بمقابلة المبيع فاذا تعذر رد الأصل بالعيب فقد انفسخ العقد فيه فالزيادة بعد ذلك لا تكون تبعا للأصل واذا صارت مقصودة ولا يقابلها ثمن كانت ربا ولهذا يرد الأصل بالعيب بعد هلاك الزيادة لان المانع زيادة كانت تبقي للمشترى مبيعا بلا ثمن وقد انعدم ذلك اذا هلك من غير صنع أحد وان استهلكها أجنبي غرم بدلها فسلامة البدل للمشترى كسلامة الأصل وان كان المشترى هو الذى استهلكها فلانه حابس لها باستهلاكه أو لانه استفاد البراءة عن الضمان بملكه فيها وذلك بمعنى عوض سلم اليه منها فنفعة ذلك من ردها بالعيب بخلاف الموهوبة لان بعد الرجوع فى الأصل هناك الزيادة تبقى للموهوب له بغير عوض والأصل كان سالما له موهوبا بغير عوض ولم يكن له ذلك ربا فكذلك الزيادة وهذا لان حكم الربا انما يثبت فى المعاوضات دون التبرعات * قال (واذا اشترى عبدا فوجده مخنثا أو سارقا أو كافرا له ان يرده) والاصل ان مطلق العقد يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من العداء بن خالد عبدا وكتب فى عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من

العداء بن خالد بن هودة عبدا لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم فى هذا تنصيص على ان البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب وتفسير الداء بما رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله المرض في الجوف والكبد قال المرض مايكون في سائر البدن والداء مايكون في الجوف والكبد والرئة وفيما روى عن أبي يوسف قال الداء المرض والغائلة لا تكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون ثم المرجع فى معرفة العيوب الى عرف التجار وفي كل شئ انما يرجع الي أهل تلك الصنعة فما يعدونه عيبا فهو عيب يرد به أو ماينقص المالية فهو عيب لان المقصود بالبيع الاسترباح وذلك بالمالية فما ينقص المالية فهو يمكن خللا في المقصود وذلك عيب يرد به واذا وجد العبد مخنثا فهذا مما يعده التجار عيبا فيمكن نقصانا فى ماليته وفيما هو المقصود بملك العبد وهو الاستعمال فى الأعمال الشاقة وكذلك ان وجده سارقا فان ذلك يخل بمقصوده لانه لا يمكنه استخدامه اذلا يأتمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله عليه آناء الليل والنهار وان سرق مال الغير يقطع بسببه وكذلك ان وجده كافرا كان له أن يرده اذلا عيب تبلغ درجته درجة الكفر وهذا لانه ربما يحتاج الى استخدامه فى الأمور الدينية نحو اتخاذ الماء لطهوره وحمل المصحف اليه والكافر نجس لا يؤدى الأمانة فى الأمور الدينية ولو اشتراه بشرط انه كافر فوجده مسلماً لم يكن له ان يرده عندنا وقال الشافعى له أن يرده لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه فى المحقرات من الأمور ولا يستخير من نفسه أن يستخدم المسلم فى مثله فاذا فات عليه مقصوده يمكن من رده وأصحابنا رحمهم الله قالوا الكفر عيب فذكره فى العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرى من العيب فكأنه اشتراه على انه معيب فاذا هو سليم وهذا لانه وجد أزيد مما شرط وثبوت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه فاذا وجده أزيد مما شرط فلا حاجة الى دفع الضرر عن نفسه باثبات حق الرد له * قال (وان وجد الغلام زانيا لم يكن له أن يرده بالعيب عندنا وقال الشافعى له ان يرده) لان عيب الزنا كعيب السرقة أوفوقه ألا ترى ان فى الجارية كل واحد منهما عيب فكذلك فى الغلام ولكنا نقول اشتراه على انه فحل فوجده أفحل ثم الذى به ليس الا تمنى الزنا فان تمنى الزنا معدوم فى حقه فان فعل الزنا لايتهيأ للعبد الا بمال ولا مال له بخلاف الجارية ثم المقصود من العبد

الاستخدام فى أمور خارج البيت وزناه لا يخل بمقصود المولي وأما فى الجارية فالمقصود هو الاستفراش وزناها يخل بهذا المقصود فانها تلوث عليه فراشه وقيل فى الغلام اذا صار ذلك عادة له بحيث لا يصبر عنه فله ان يرده لانه يتمكن الخلل فى مقصوده فكلما يوجهه في حاجته ذهب فى متابعة هواه فهو كالسرقة فانها تخل بالاستخدام من الوجه الذى قلنا وكذلك ان وجد العبد ولد زنالم يكن له أن يرده لان هذا لا يخل بمقصوده من الاستخدام ولان أكثر المماليك بهذه الصفة لا تعرف انسابهم فاما الجارية اذا كانت ولد زنا فله أن يردها لان ذلك يخل بمقصوده منها وهو الاستيلاد فان ولده يعير بامه اذا كانت ولد زنا وعلى هذا الغلام اذا لم يكن مختونا أو الجارية اذا لم تكن مخفوضة ففى الحلية من دار الحرب هذا لا يكون عيبا الانا لا نعلم انهم لا يفعلون ذلك وفى المولد لا يكون عيبا في الصغير أيضا ويكون عيبا بعد البلوغ لان المولد فى دار الاسلام لا يترك كذلك حتى يبلغ والتجار يعدون ذلك عيبا في المولد*قال (والثؤلول عيب اذا كان ينقص الثمن وان كان لا ينقصه فليس بعيب) لانه لا يخل بالمقصود فيعتبر نقصان المالية بسببه والخال كذلك فقد يكون الخال زينة لا تنقص من المالية وهو ما اذا كان على الخد وقد يشينه اذا كان على رأس الارنبة وذلك ينقص من المالية فلهذا يعتبر فيه أن ينقصه من الثمن *قال (والصهوبة في الشعر عيب) لان التجار يعدونه عيبا وكذلك الشمط فان الشمط فى أوانه من الهرم والهرم عيب وفى غير أوانه ومن داء في الباطن وهو عيب ثم اللون المستوى للشعر السواد فما سوى ذلك اذا كان ينقص من الثمن ويعده التجار عيبا ثبت به حق الرد قال والبخر عيب فى الجارية وليس بعيب فى الغلام إلا أن يكون من داء وهو نتن الفم وهذا يخل بما هو المقصود من الجارية وهو الاستفراش ولا يخل بما هو المقصود من الغلام لانه يستخدمه بالبعد من نفسه الا أن يكون من داء فالداء نفسه عيب *(قال) والذفر كذلك وهو نتن الإبط وهو يخل بالمقصود من الجارية دون الغلام الا أن يكون فاحشا لا يكون فى الناس مثله فهذا يكون لداء فى البدن وهو ينقص الثمن قال والبجر عيب وهو انتفاخ تحت السرة وبه سمي بعض الناس ابجر وهو يكون لداء فى البدن ويعده التجار عيبا والادرة عيب وهى عظم الخصيتين وانما يكون ذلك لداء في البدن وفى بعض النسخ الآذن عيب وهو الذى يسيل من منخره الماء ومنه قول القائل

وترى الذنين على مناخرهم * يوم الهياج كمازن النمل

وذلك يستقذر منه ولا يكون الا لداء في الدماغ واليسر عيب وهو الذى يعمل بيساره ولا يستطيع ان يعمل بيمينه الا أن يكون اعسر يسر وهو الاضبط الذي يعمل بايدين وقد كان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة فحينئذ يكون زيادة وليس بعيب *قال (والعشي عيب) وهو ضعف فى البصر حتى لا يبصر من شدة الظلمة أو شدة الضوء ومنه يسمى الاعشي *والعسم عيب وهو يبوسة وتشنج فى الاعصاب منه أصل العرج والسن السوداء عيب لانه لا ينتفع به وهو يشين صاحبه والسواد فى السن دليل موت السن عند من يقول فى السن حياة وكذلك السن الساقطة عيب ضرسا كان أو غيره لانه ينقص من الثمن ويعده التجار عيبا ثم سقوط السن فيما لا يبدو منها كالطواحين ينقص من المنفعة وفيما يبدو منها كالضواحك وفى الأصل كالنواجذ ينقص من الجمال ولهذا وجب الأرش اذا قلع من الغير وأفسد المنبت* قال (والظفر الاسود عيب اذا كان ينقص الثمن)لانه ينقص من الجمال والسواد فى الظفر دليل موته كما فى السن وانما يشترط هذه الزيادة لان ذلك قد لا ينقص من الثمن فيمن هو اسود اللون كالحبشى وانما ينقص فيمن هو أبيض اللون كالاتراك واذا كان بحيث لاينقص الثمن لا يثبت حق الرد به*والاباق مرة واحدة عيب من الصغير ما دام صغيرا فاذا بلغ فليس ذلك بعيب الا أن يأبق بعد الكبر وهذا اذا كان بحيث يميز أما فى الصغير جدا فهذا لا يكون عيبا لانه يضل ولا يأبق والاباق يكون عن قصد منه وهو ليس من أهله ولكنه لا يهتدى الى بيت مولاه فيضل كالدابة فاما اذا كان مميزا فالاباق والقصد الى ذلك يتحقق منه وهو عيب فيه مالم يبلغ فاذا بلغ زال ذلك وان أبق بعد البلوغ مرة فهو عيب لازم أبدا والسرقة كذلك * قال (والبول فى الفراش كذلك فى حق الصغير جدا لايكون عيبا) لانه يكون من أمثاله عادة*وأما الجنون اذا وجد مرة فهو عيب لازم أبدا سواء وجد فى حالة الصغر أو بعد البلوغ والفرق أن سبب الجنون واحد لا يختلف بالصغر والكبر وهو آفة فى العقل فاذا وجد مرة فأثره يبقي فيه ما عاش وذلك يظهر فى حماليق عينيه بمعرفة أهل البصر فيه وأما سبب الاباق والسرقة والبول فى الفرش في حالة الصغر فخالف لسبب هذه العيوب بعد البلوغ لان الاباق في الصغر سببه سوء الأدب وحب اللعب وسببه بعد البلوغ التمرد وقلة المبالاة بالمولى وكذلك السرقة

سببها قبل البلوغ قلة التأمل فى عواقب الامور بسبب الصغر وبعد البلوغ سببها التمرد ولهذا لا يجب بها على الصبي ما يجب على البالغ وسبب البول في الفراش قبل البلوغ استرخاء فى المثانة بسبب الصغر وسببه بعد البلوغ آفة فى الآلة الماسكة فاذا وجد في حالة الصغر فهو عيب ما دام صغيرا فاذا بلغ زال ذلك السبب فزال الحكم أيضاً فاذا وجد بعد البلوغ فهو عيب لازم أبدا لان التجار يعدونه عيبا فهو ينقص من المالية والاباق سوى المالية فيه حكما فكان من أفحش العيوب *(قال والحبل في بنات آدم عيب) لانه ينقص المالية ويخل بالمقصود وليس بعيب في البهائم لانه يزيد في المالية *قال (والقرن عيب) وهو عظم فى المأتى يمنع الوصول اليها وبه قضى شريح رحمه الله قال اقعدوها فان أصاب الارض فهو عيب*والرتق عيب وهو لحم فى المأتى يمنع وصول الواطئ اليها*والعفل عيب وهو ان يكون فى المأتى شبه الكيس لا يتلذذ الواطئ بوطئها وهذا كله يخل بالمقصود *قال (والبرص عيب) وهو معلوم يعده التجار عيبا فينقص من المالية * قال (والجذام عيب) وهو قبيح تحت الجلد يوجد نتنه من بعد وربما تنقطع الاعضاء به وهو أفحش العيوب قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد*قال (والفتق عيب) وهو ريح فى المثانة ربما يهيج بالمرء فيقتله ولا يكون ذلك الا لداء في البدن*قال (والسلعة عيب) وهو القروح التى تكون فى العنق ويسمى بالفارسية خوك وذلك لا يكون الا لداء فى بدنه وربما يتلف بسببه وكل شئ ينقص الثمن في الرقيق والدواب فهو عيب لان المقصود فى البيع الاسترباح فما ينقص من الثمن يكون خللا فى المقصود * قال (والكى عيب) لانه انما يفعل ذلك لداء فى البدن الا أن يكون سمة فى بعض الدواب فان كان من ذلك شئ لا يعده التجار عيبا لا يرد به قال (والفدع عيب) وهو فى الكف زيغ فى الرسغ بينه وبين الساعد وفى القدم كذلك زيغ بينه وبين عظم الساق وفى الفرس هو التواء الرسغ عن عرضه الوحشى وهو الجانب الايمن *قال (والفحج عيب) وهو فى الفرس تباعد ما بين الكعبين والافحج من الآدمى الذى تتدانى صدور قدميه وتتباعد عقباه وتنفحج ساقاه*والدحس عيب وهو ورم يكون فى اطراف حافر الفرس*قال (والصكك عيب) وهو ان يصطك ركبتاه قال أبو عمرو وأبو عبيد رحمهم الله الصكك في الرجلين في الكعبين*قال (والحنف عيب) وهو اقبال كل واحد من الابهامين الى صاحبه وذلك ينقص من قوة المشى وقال ابن الاعرابى الاحنف الذى يمشى على ظهر قدميه* قال

والصدف عيب وهو التواء في أصل العنق*قال (والشدق عيب)وهو وسع مفرط في الفم وفيه الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التشدق في الكلام وهو مما يعده التجار عيبا ثم العيوب التي يطعن المشترى بها أنواع أربعة نوع منها يكون ظاهرا في موضع يراه القاضي وغيره ولا تسمع الخصومة في ذلك مالم يره العيب لان قيام العيب عند الخصومة شرط لتوجه الخصومة وحقيقة معرفة ذلك بالمعرفة ممكن فاذا رآه القاضي فان كان عيبا لا يحدث مثله في مثل تلك المدة وقد علم القاضي وجوده عند البائع فيقضى بالرد إلا أن يدعى البائع أن المشترى علم به عند العقد ورضى به فحينئذ يحلف المشترى على ذلك ثم يرده وان كان شيئا مما يحدث مثله في مثل تلك المدة فالقول قول البائع ان العيب لم يكن عنده لان الحوادث انما يحال بحدوثها على أقرب الأوقات ومن ادعى تاريخا سابقاً فعليه ان يثبته بالبينة فان أقام المشترى البينة على ان العيب كان عند البائع قضي بالرد وان لم يكن له بينة يحلف البائع ألبتة بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وانما يذكر التسليم لجواز أن يكون العيب حدث بعد العقد قبل التسليم الا أنهم قالوا النظر للمشترى ينعدم اذا استحلفه بهذه الصفة فان العيب لو كان حادثا بعد العقد وقبل التسليم كان للمشترى حق الرد والبائع بار في يمينه بان العيب لم يكن موجودا عند العقد فالأحوط ان يحلفه بالله لقد سلمه بحكم هذا العقد اليه ولم يكن به هذا العيب قال الشيخ الامام عندى الأول أصح لان البائع ينفي العيب عند البيع وعند التسليم ولا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وانما يستحلف على الثبات لان استحلافه على فعل نفسه وهو التسليم كما التزمه بالعقد فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف انقطعت المنازعة بينهما* ونوع من ذلك عيب لا يعرفه الا الاطباء فعلى القاضي ان يريه مسلمين عدلين من الأطباء لان علم ذلك عندهم وانما يرجع الى معرفة كل شئ الى من له بصر في ذلك الباب كما في معرفة القيمة والأصل فيه قوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ولا بد من العدد في ذلك لانه قول ملزم كالشهادة فاذا قالا العيب موجود فيه وقالا هو مما لا يحدث في مثل هذه المدة حكم بالرد بقولهما وان قالا قد يحدث ذلك حينئذ يحلف البائع كما بينا في الفصل الأول الا ان يقيم المشترى البينة على اقرار البائع أن العيب كان عنده* ونوع منه لا يعرفه الا النساء بان يكون في موضع لا يطلع عليه الرجال فالقاضي

يريها النساء لان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال والمرأة الواحدة تكفي لذلك بعد أن تكون حرة مسلمة فان كانتا اثنتين فهو أحوط وهذه المسئلة معروفة فى الطلاق والشهادات فان أخبرت بوجود العيب توجهت الخصومة لظهور السبب فى الحال بقولها ولكن لا يثبت الرد بقول النساء وان كان ذلك مما لا يحدث فى مثل تلك المدة لان هذه الزيادة يمكن الوقوف عليها الا من جهة النساء فلا يعتبر قول النساء فيها ولان شهادة النساء حجة ضعيفة لا يفصل الحكم بها مالم تتأيد بمؤيد وذلك بنكول البائع فيستحلف حتى اذا انضم نكول البائع الى شهادة النساء فسخ البيع وعن أبي يوسف انه يقضى بالرد بقول النساء لان شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه وقاس بالعنين اذا ثبتت البكارة بقول النساء بعد مضي السنة فانه يفرق بينهما وقد بينا الفرق بين الفصلين فى كتاب النكاح وعن محمد قال ان كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء وان كان بعد القبض لا يفسخ لان الحاجة الى نقل الضمان من المشترى الى البائع وشهادة النساء فى ذلك ليست بحجة تامة * ونوع من ذلك ما هو حكمى كالاباق والسرقة والبول فى الفراش فان القاضى لا يسمع خصومة المشترى فى ذلك مالم تقم البينة على وجود العيب عنده لان قيام العيب فى الحال شرط لتوجه الخصومة ولا طريق لمعرفة ذلك الا بالبينة فان طلب المشترى يمين البائع على وجود ذلك العيب عنده فقد ذكر فى الجامع أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف البائع بالله ما يعلم انه أبق عند المشترى أو سرق أو بال فى الفراش وقد بينا هذا الفصل فيما أمليناه من شرح الجامع الكبير وان يثبت وجود العيب عند المشترى فان كان اشتراه وقبضه وهو صغير والخصومة بعد البلوغ لم تسمع الخصومة فى ذلك لان العيب الذى كان عند البائع قد زال وهذا عيب حادث عند المشترى قال (وان كانت الخصومة فى الصغر أو كان الشراء بعد البلوغ فالآن تسمع خصومة المشترى ويحتاج الى اقامة البينة على الذى كان أبق عنده بعد ما بلغ قبل شرائه فان لم يكن له بينة يستحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه المشترى وما أبق ولا سرق ولا بال فى الفراش منذ بلغ مبلغ الرجال وهذا استحلاف على الثبات لانه على التسليم الذى التزمه واليمين الأولى على العلم لانها على فعل الغير وفى ظاهر الرواية الجنون كذلك الا ان فى الجنون يستحلف بالله لقد باعه وسلمه وما جن قط لما بينا ان الجنون اذا وجد مرة فى

الصغر أو الكبر فهو عيب لازم أبدا وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله قالوا فى الجنون لا يشترط عوده عند المشترى لتوجه الخصومة لان أثر ذلك الذى كان قائم فيه على ما بينا فالجنون بعد انقلاعه يعقب أثرا يظهر ذلك فى حماليق عينيه وذلك يكفى لتوجه الخصومة بخلاف الاباق والسرقة والبول فى الفراش فانه ليس لما قد كان أثر فى العين فلا بد من عوده عند المشترى لتوجه الخصومة * قال (وان طلب البائع يمين المشتري بالله ما رضى بالعيب منذعلم به ولا عرضه على بيع حلفه على ذلك) لانه ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف عليه لرجاء نكوله *(قال والعزل عيب)وهوأن يعزل ذنبه في أحد الجانبين وذلك يكون عادة لاخلقة وانما يفعل ذلك اذا راث و ربما يحول الذنب من جانب الى جانب حتى يلطخ وركيه بالروث وذلك ليتقذر ويعد عيبا يردبه * قال(والمشش عيب)وهو شئ يشخص فى وظيفه حتى يكون له حجم ليس له صلابة العظم قال الوظيف مستدق الساق قال (والحرد عيب)وهو كل ما حدث فى عرقو به من تزيد أو انتفاخ عصب قال (والزوائد عيب) وهو اطراف عصب يتفرق عند المجانة وينقطع عندها ويلصق بهاه والحرن عيب فمنهم من يقول الخزر وهو ضيق مفرط فى العين والأظهر هو الحرن فانه ذكر فى جملة عيوب الفرس وهو أن لا انقاد للراكب عند العطف والسير وهونوع من الجمح والجمح عيب يخل بالمقصود وخلع الرأس عيب * وهو ان يكون بهحيلة يخلع رأسه من العذار وانشد عليه وهو مما يعد عيباً وربما بطل سببه وبل المخلاة عيب اذا كان ينقص الثمن وهو ان يسيل لعاب الفرس على وجه تبتل المخلاة به اذا جعلت على رأسه وفيها علفه وقيل ان يأخذ المخلاة بشفتيه فيرمى بها وهذا نوع من الجمح فهو عيب اذا كان ينقص الثمن والمهقوع عيب والهقعة دائرة فى عرض زوره يعد عيبا ويتشاءم بهومنه يقال اتق الخيل المهقوع * والانتشار عيب وهو انتفاخ العصب عند الاتعاب والعصب الذى ينشر هى العجانة وتحرك السطا كانتشار العصب غير أن الفرس لانتشار العصب أشد احتمالا منه لتحرك السطا * والغرب عيب وهو ورم فى الماق وربما يسيل منه شئ حتى قال محمد اذا كان ذلك سائلا فصاحبه فى حكم الطهارة كصاحب الجرح السائل * والشتر عيب وهو انقلاب فى الاجفان وبه كان يسمى الاشتر وهذا يمكن ضعفا فى البصر * والحول عيب فانه يمكن ضعفا فى البصر حتى يرى الأحول الشئ الواحد شيئين والحوص والقتل عيب وهو نوع من الحول إلا أنه اذا كان على إنسان

العين الى الجانب المقدم يسمى قتلا واذا كان الى الجانب المؤخر فهو الحوص *والظفر عيب وهو بياض يبدو فى إنسان العين يسمى بالفارسية باحسه وذلك يمكن ضعفا فى البصر وربما يمنع البصر أصلاً *والشعر فى جوف العين يكون عيبا لانه يضعف البصر *والجرب عيب سواء كان فى العين أو فى غير العين لان الجرب في العين يمكن ضعفا في البصر وفى غير العين يكون لداء فى البدن * وكذلك الماء فى العين عيب لانه يضعف البصر * وريح السبل عيب فانه يضعف البصر وربما يذهب به * والسعال القديم عيب اذا كان من داء اما القدر المعتاد منه فلا يعد عيبا فاذا كان قديما فذلك من داء فى البدن والداء نفسه عيب * والاستحاضة عيب لان الاستحاضة لداء في البدن ثم سيلان الدم اذا كان مستداما فربما يصيبها ويقتلها * والتى يرتفع حيضها زمانا عيب لان ذلك لا يكون الا من داء فى البدن ومنه يكون مواد المرض للمرأة فان الرطوبة اذا كانت تسيل منها في وقتها تكون صحيحة البدن واذا لم تسل اصفر لونها ولأنها اذا كانت لا تحيض فانها لا تحبل أيضاً فعرفنا انه يخل بما هو المقصود منها *واذا اشترى عبدا عليه دين لم يعلم به ثم علم بذلك فله ان يرده لان قيام الدين عليه مما يعده التجار عيبا وتكون ماليته مشغولة بحق الغرماء فهو عيب حكمى كعيب النكاح الا أن يقضى عنه البائع دينه أو يبرئه الغرماء منه فبذلك يزول العيب وزوال العيب قبل الخصومة يسقط حق المشترى فى الرد اما اذا علم بالدين ثم اشتراه هل له أن يرده عند محمد لا استدلالا بسائر العيوب وعند أبى يوسف له أن يرده كما اذا كان مستحقا وهو عالم به له أن يرده كذلك هنا * واذا اشترى جارية فوجدها محرمة فليس ذلك بعيب لان له أن يحللها عندنا وقال زفر ليس له أن يحللها ولكنه يردها بالعيب لانها دخلت فى ملكه وهى بهذه الصفة فلا يكون له أن يحللها كما لو اشتراها وهى منكوحة لا يكون له أن يفسخ النكاح ولكنه يردها بالعيب ولكنا نقول المشترى قائم فيها مقام البائع وقد كان للبائع أن يحللها فاذا كانت أحرمت بغير اذنه حللها من غير كراهة واذا كانت أحرمت باذنه فله أن يحللها وان كان ذلك مكروها لما فيه من خلف الوعد فكذلك المشترى ولا يكره ذلك للمشترى لان خلف الوعد لا يوجد منه بهذا وبه فارق النكاح فهناك لم يكن للبائع أن يفرق بينهما بعد صحة النكاح فكذلك للمشترى وهذا لان لزوم النكاح لحق الزوج وقد كان مقدما على حق المشترى فاما

لزوم الاحرام فلحق الشرع وحق الآدمى فى المحل مقدم فلهذا كان للمشترى ان يحللها واذا تمكن من ازالة العيب فليس له أن يردها به * وان كانت فى عدة من زوج فان كان الطلاق رجعيا وله أن يردها كان النكاح قائما والزوج يستند بالرجعة الا اذا انقضت العدة قبل الخصومة فحينئذ لا يردها لزوال العيب * وان كانت العدة من طلاق بائن أو موت فليس هذا بعيب لان هذا مما لا يعده التجار عيبا فالعيب هو النكاح وقد انقطع والحرمة بهذا السبب نظير الحرمة بسبب الحيض كما أن ذلك لا يكون عيبا فهذا مثله * واذا وجد بالجارية عيبا فاراد أن يردها فقال البائع ما هذه بجاريتى فالقول قوله مع يمينه لان العيب لا يمنع تمام القبض والرد بحكمه لا ينفرد المشترى به من غير قضاء ولا رضا فالمشترى يدعى ثبوت حق الرد له فى هذا المحل والبائع ينكر والقول قوله مع يمينه بخلاف ما سبق من خيار الشرط والرؤية * وان اشتراها على انها بكر فقال وجدتها ثيبا لا يصدق على ذلك الا ببينة لان البكارة في النساء أصل فالمشترى يدعى عارضا ليثبت لنفسه حق الرد به فهو بمنزلة دعوى العيب فلا يصدق عليه الا ببينة * قال واذا اشترى جوزا أو بيضا فوجده فاسدا كله وقد كسره فله أن يرده ويأخذ الثمن كله أما البيض فالفاسد منه ليس بمال متقوم اذ هو غير منتفع به ولا قيمة لقشره فتبين ان أصل البيع كان باطلا وأما الجوز فالمقصود منه اللب دون القشر ولا قيمة لقشره فى المواضع التى يكثر فيها الحطب وفى المواضع التى يندر فيه الحطب فان كان لقشره قيمة لكن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر فاذا كان حادثا أو منتن اللب لا يصلح للانتفاع به فكان البيع باطلا فأما اذا كان قليل اللب أو اسود اللب فهذا بمنزلة العيب فاذا وجده كذلك بعد الكسر رجع بنقصان العيب من الثمن عندنا وقال الشافعي يرده وكذلك البطيخ والقرع والفاكهة اذا وجدها فاسدة كلها بعد ما يكسرها فان كانت لا تساوي شيئاً رجع بجميع الثمن لانه تبين بطلان البيع وان كانت بحيث يأكلها بعض الناس أو تصلح لعلف الدواب يرجع بحصة العيب من الثمن عندنا وقال الشافعى له ان يرده لانه لا يتمكن من الرد الا بعد العلم بالعيب ولا طريق له الى معرفة العيب سوى الكسر ولا يصير ذلك مانعا حقه فى الرد وهذا لان دفع الضرر عن المشترى واجب بحسب الامكان والبائع هو الذى سلطه على الكسر فكأنه فعل ذلك بنفسه ولكنا نقول الكسر عيب حادث بفعل المشترى

وذلك يمنعه من الرد كما لو تعيب المبيع بعيب آخر وهذا لان الرد لدفع الضرر عن المشترى وانما يتمكن منه على وجه لا يلحق الضرر بالبائع ثم مراعاة جانب البائع أولى فان حق المشترى لا يبطل أصلا ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن والضرر الذى يلحق البائع بالرد لا يمكن دفعه بعوض فلهذا رجحنا جانبه وهذا اذا وجد الكل فاسدا فان وجد البعض بهذه الصفة فالكلام فى حصة ذلك كالكل اذا وجده فاسدا الا ان فى الجوز اذا كان الفاسد منه مقدارا مالا يخلو الجوز منه عادة كالواحدة والاثنتين فى كل مائة فليس له ان يخاصم البائع لأجله لانه عند الاقدام على الشراء راض به على الوجه المعتاد والجوز فى العادة لا يخلو عن هذا فلا يخاصم فيه لاجل ذلك *قال واذا اشترى عبدا قدحل دمه بقصاص أو ردة فقتل عند المشترى رجع على البائع بالثمن كله فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقوم حلال الدم وحرام الدم فيرجع بتفاوت ما بين القيمتين من الثمن لان العبد بعد ما حل دمه مال متقوم وحل الدم عيب فيه *ومن اشترى شيئا معيبا وتعذر عليه رده بعد ما قبضه رجع بحصة العيب من الثمن كما لو كان زانيا فجلد عند المشترى ومات وبيان الوصف أن بيع حلال الدم صحيح وبالقبض ينتقل الى ضمان المشترى بدليل أنه لو مات كان الثمن متقررا على المشترى ولو تصرف فيه المشترى نفذ تصرفه فيه ولو كان عالما حين اشتراه أنه حلال الدم لم يرجع بشيء فعرفنا أن حل الدم عيب فيه (يوضحه) ان البيع يرد على محل غير مستحق بسبب حل الدم فالمستحق به النفس وانما يملك بالبيع المالية ومحل الدم لا يعدم المالية ولا يصير يستحقه وانما تلفت المالية باستيفاء القتل وذلك فعل أنشأه المستوفى باختياره بعد ما دخل المبيع فى ضمان المشترى بخلاف ما اذا استحق المبيع بملك أو حق رهن أو دين لان المستحق هناك ما تناوله البيع فينقص به قبض المشترى من الأصل وفى الكتاب استدل بما لو اشترى حاملا وقبضها فولدت وماتت فى نفاسها لم يرجع بجميع الثمن وان كان أصل السبب فى يد البائع وعذركم أن الغالب فى الولادة السلامة يشكل على أصل أبى حنيفة بالجارية المغصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب فماتت فى نفاسها يرجع المغصوب منه على الغاصب بقيمتها وفى هذا الفرق نوع تناقض وأبو حنيفة يقول زالت يد المشترى عن المبيع لسبب كانت الازالة مستحقة فى يد البائع فيرجع بالثمن كما لو استحقه مالك أو مرتهن أو صاحب دين وهذا لان الازالة

لما كانت مستحقة قبل قبض المشترى ينتقض بها قبض المشتري من الأصل فكأنه لم يقبضه وانما قلنا ذلك لان القتل بسبب الردة مستحق لا يجوز تركه وبسبب القصاص مستحق فى حق من عليه الا ان ينشئ من هو له عفوا باختياره والبيع وان كان يرد على المالية ولكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية فى هذا المحل فكان فى معنى علة العلة وعلة العلة تقام مقام العلة فى الحكم فمن هذا الوجه المستحق كانه المالية ولا تصور لبقاء المالية فى هذا المحل بدون النفسية والنفسية مستحقة بالسبب الذى كان عند البائع فيجعل ذلك بمنزلة استحقاق المالية لان مالا ينفصل عن الشئ بحال فكانه هو ولا تصور لبقاء المالية فىهذا المحل بدون النفسية الا ان استحقاق النفسية فى حكم الاستيفاء فقط وانعقاد البيع صحيحا وراء ذلك واذا مات في يد المشترى فلم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك فى ضمان المشترى واذا قتل فقدتم ذلك الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك الزوج في زوجته وملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في الاستيفاء حتى اذا وطئت المنكوحة بالشبهة كان المهر لها واذا قتل من عليه القصاص إنسان فالدية تكون لورثته دون من له القصاص وهذا بخلاف الزنا وزنا العبد لا يصير نفسه مستحقة وانما المستحق عليه ضرب مؤلم واستيفاء ذلك لا ينافى المالية فى المحل واذا اشتراه وهو يعلم حل دمه ففى أصح الروايتين عن أبى حنيفة يرجع بالثمن أيضاً اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وفى الرواية الأخرى لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة المبيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشترى وقد اندفع حين علم به وأما الحامل فهناك السبب الذى كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم بل الغالب عند الولادة السلامة فهو نظير الزانى اذا جلد وليس هذا كالغصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوب كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وهنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبه العقد وقد وجدذلك ثم ان تلف بسبب كان الهلاك مستحقا به عند البائع ينتقض قبض المشترى فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض قبضه فيه وعلى هذا الأصل لو كان العبد سارقا فقطعت يده عند

المشترى رجع بحصة العيب من الثمن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بأن يقوم سارقا وغير سارق وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن لان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الآدمى نصفه فينتقض قبض المشترى فى النصف فيكون المشترى بالخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد مابقى ويرجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع * وان مات العبد من ذلك قبل ان يرده لم يرجع الا فى نصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة فى يد البائع ألا ترى ان على الامام أن يتحرز عن السراية بان لا يقطع فى البرد الشديد ولا فى الحر الشديد وأن يحسم بعد القطع فقبض المشترى لا ينتقض فى النصف الباقى وان سرى * قال وان اشترى جارية وعبدا فزوجهما ثم وجد بهما عيبا لم يكن له أن يردهما لان النكاح فيهما عيب حادث عنده فان أبانها ولم يكن دخل بها كان له ان يردهما لزوال العيب الحادث عنده ولم يجب المهر بهذا النكاح فان المولى لايستوجب على عبده دينا* قال واذا شهد شاهد أنه اشترى هذا العبد وهذا العيب به وشهد آخر على اقرار البائع به لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين في المشهود به فاحدهما يشهد بقول والآخر بعيب معاين وليس على واحد من الأمرين شهادة شاهدين *ولو باع عبده من نفسه بجارية ثم وجد بها عيبا كان له أن يردها ويأخذ منه قيمة نفسه فى قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف رحمهما الله وكان يقول أو لا يرجع بقيمة الجارية وهو قول محمد وكذلك لو ماتت قبل أن يقبضها المولى واستحقت وكذلك لو حدث بها عيب عند المولى حتى تعذر ردها بالعيب ففى قوله الآخر يرجع بحصة العيب من قيمة العبد وفى قوله الاول من قيمة الجارية * وجه قوله الاول ان هذا مبادلة مال بما ليس بمال فعند الاستحقاق والرد بالعيب يكون رجوعه بقيمة ما هو بدل له كما فى النكاح والخلع والصلح من دم العمد اذا استحق البدل وكان بعينه رجع بقيمته وبيان الوصف أن الذى من جهة المولى فى هذا العقد الاعتاق فان بيع العبد من نفسه اعتاق وذلك ليس بمال والدليل عليه أن الحيوان يثبت دينا فى الذمة بمقابلته فان العبد يعتق على ملك المولى حتى يكون الولاء لهوان الوكيل من جانب المولى في هذا العقد لا يكون له قبض البدل ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد انه لا يملك الرجوع عنه *والأجل الى الحصاد ونحوه يثبت في بدله وان البدل لا يرد الا بالعيب الفاحش عرفنا

أنه فى حكم مبادلة مال بما ليس بمال وتأثيره وهو أن استحقاق الجارية لوردها بالعيب لا ينفسخ العقد فكيف ينفسخ وقد عتق العبد فاذا لم ينفسخ فقد تعذر تسليم الجارية مع قيام السبب الموجب للتسليم فتجب قيمتها واستدل بالكتابة فانه لو كاتبه على جارية بغير عينها فاداها وعتق ثم وجد المولى بها عيبا ردها وأخذ مثلها صحيحة فان حدث بها عيب عند المولى رجع بنقصان العيب من قيمة الجارية وكذلك فى بيع العبد من نفسه بجارية *ووجه قوله الآخر أن المولى أزال عن ملكه مالا بازاء مال فاذا لم يسلم ما بذل له رجع بقيمة ما بذل كما لو باعه من فرسه بجارية فعتق على القريب ثم استحقت الجارية رجع المولى بقيمة العبد * وبيان الوصف أن يقول تصرف المولى باعتبار ملكه وليس له فى العبد الا ملك المالية الا أن ازالة ملك المالية اذا لم تكن الى مالك يكون موجبا عتق العبد فاما تصرف المولى من حيث الازالة فتلاقى ملكه وملكه ملك المالية * وتحقيق هذا الكلام ان فى حق ما يسلم للعبد فى هذا فى معنى مبادلة المال بما ليس بمال لان الذى سلم للعبد العتق وهو ليس بمال وفيما يزيله المولى عن ملكه هذا مبادلة المال بالمال فعند الاستحقاق والرد بالعيب مراعاة جانب المولى أولى لان الحاجة في دفع الضرر عن المولى فاما العتق فسالم للعبد بكل حال ولان العتق للعبد يبنى على ازالة المولى ملكه فيعتبر ما هو الأصل وباعتباره هذا مبادلة مال بمال ألا ترى أنه اذا أعتق عبدا على خمر يجب على العبد قيمة نفسه وما كان ذلك الا بالطريق الذى قلنا فكذلك اذا استحق البدل أو هلك قبل التسليم وقوله ان السبب لم ينفسخ على احدى الطريقتين يقول فى حق المولى قد انفسخ السبب ولان فى حقه مبادلة المال بالمال ولكن يتعذر عليه استرداد العبد لنفوذ العتق فيجب رد قيمته كالمدبر اذا مات المولى وعليه دين مستغرق أو قتله مولاه تبطل وصيته ولكن يتعذر رده الى الرق فيجب عليه السعاية فى قيمته وعلى الطريق الآخر يقول لا ينفسخ السبب ولكن لم يسلم للمولى العوض فيرجع بمثله ومثل الجارية بحكم هذا العقد ما هو عوضها وهو مالية العبد فانما يرجع بقيمة العبد بهذا بخلاف النكاح فان عوض الصداق هناك ليس بمال متقوم ليكون الرجوع بماليته فلهذا صرنا الى قيمة الصداق هناك وفي الكتاب قيل الجواب قول محمد فان من عادته الاستشهاد بالمختلف لايضاح الكلام ولئن سلمنا فنقول بدل الكتابة ليس بمقابلة رقبة المكاتب بل بمقابلة ما يسلم للمكاتب

لعقد الكتابة وهو كونه أحق بنفسه ومكاسبه وذلك ليس بمال فلهذا كان الحكم فيه بمنزلة الحكم فى النكاح وهنا بدل الجارية مالية العبد في حق المولى فاذا لم يسلم له الجارية كان رجوعه بمالية العبد وهو قيمته واذا باع رجل جارية رجل بأمره ثم خوصم في عيب فقتلها بغير قضاء قاض فانها تلزم البائع دون الآمر لان هذا بمنزلة الإقالة في انه يعتمد تراضيهما فالاقالة في حق الموكل كالبيع الجديد فكان الوكيل اشتراها ابتداء قال الا أن يعلم أن مثله لا يحدث فيلزم الآمر لانا تيقنا بوجود العيب عند الآمر وانما لم يشتغل الوكيل بالخصومة لانه لم ير فيها فائدة وفي كتاب الوكالة والمأذون قال لا يلزم الآمر على كل حال وهو الأصح لما قلنا ان هذا بمنزلة الاقالة وفي هذا المعنى لا فرق بين العيب الذى يحدث مثله أو لا يحدث وان أبى البائع أن يقبلها نخاصمه المشترى الى القاضي فأقر عنده بالعيب كان اقراره عند القاضى وعند غيره سواء لا يلزم الآمر الا فى عيب لا يحدث مثله * ومعنى هذا الكلام أن فى العيب الذى لا يحدث مثله رد القاضى باقرار الوكيل وبالبينة سواء فى انه يلزم الآمر لان الرد بقضاء القاضى فسخ وقد تيقنا بوجود سببه عند الآمر وان كان العيب يحدث مثله فاقرار الوكيل لا يكون حجة على الآمر ولكن يحتاج الى أن يثبت على الآمر بالبينة أن العيب كان عنده ليردها عليه وان لم يكن له بينة فعلى الآمر اليمين على ذلك وان ردها القاضى على الوكيل ببينة أقامها المشتري فالبينة حجة على الآمر فيلزم الآمر فان ردها بإباء اليمين من الوكيل فانها تلزم الآمر عندنا * وقال زفر هذا والاقرار سواء لان النكول بدل عن الاقرار وهو بمنزلة البدل فلا يكون حجة على الآمر ولكن الوكيل على خصومته مع الآمر كما فى الاقرار . ألا ترى أن المشترى لو باع الجارية من غيره ثم ردت عليه بعيب بنكوله جعل هذا وما لو ردت عليه باقراره سواء فى حق البائع الاول فكذلك فى حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر فى هذا النكول لأنه لا يمكن ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك فى عمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة بخلاف ما اذا أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالنكول فيكون هو فى الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشترى الاول فانه مضطر في النكول ولكن فى عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره فان أنكر الآمر أن تكون الجارية التى باعها فالقول

قوله مع يمينه لان الوكيل يدعى لنفسه حق الرجوع على الآمر بما يلحق من العهدة فى هذا المحل والموكل منكر فالقول قوله مع يمينه الا أن يقيم البائع البينة انها هى الجارية التى باعها فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم واذا اشترى الرجل جارية لرجل بامره ثم وجد بها عيبا فله أن يردها بالعيب قبل أن يدفعها الى الآمر من غير أمر الآمر عندنا * وقال ابن أبى ليلي ليس له ذلك لانها مملوكة للآمر فلا يملك اخراجها عن ملكه بغير أمره ولانها أمانة فى يد الوكيل ويد الامين كيد صاحبها ولو كان سلمها الى الآمر لم يردها بالعيب الا بأمره* وجه قولنا ان الرد بالعيب من حقوق العقد ولهذا اختص به الوكيل والعاقد فى حقوق العقد مستبد به وان كان قد عقده لغيره ولانه في الحقوق كالعاقد لنفسه ألا ترى أن فى الرد بخيار الشرط والرؤية لا تحتاج الى استطلاع رأى الآمر فكذلك فى الرد بخيار العيب بخلاف ما بعد التسليم الى الآمر لانه لا يتمكن من ردها الا باعادتها الى يده وليس له ولاية اثبات اليد عليها بغير رضا الآمر بعد ما سلمها اليه فاما قبل التسليم فهو لا يحتاج الى ذلك ألا ترى ان المضارب يرد ما اشترى بالعيب وان كان رب المال غائبا والعبد المأذون يرد ما اشترى بالعيب وان كان مولاه غائبا فان ادعى البائع ان الآمر قد رضي بالعيب فطلب يمين الآمر أو يمين المأمور ما رضي بذلك الآمر لم يكن على واحد منهما فى ذلك يمين عندنا * وقال ابن أبى ليلي لا يردها الوكيل ولا المضارب حتى يحضر الآمر أو رب المال فيحلف ما رضي بالعيب لان رضا الآمر ورب المال يسقط حق الوكيل فى الرد بدليل أن البائع لو أقام البينة على ذلك وأقر به الوكيل لم يكن له أن يردها فاذا ادعى البائع سببا مسقطا لحقه فى الرد استحق اليمين على من يدعي ذلك عليه كما لو ادعى الوكيل أنه قد رضى به *وجه قولنا أنه لا يمين على الوكيل فى هذه الدعوى لانه لا يدعى البائع عليه الرضا فلو استحلف كان بطريق النيابة ولا نيابة فى اليمين ولا يمين على الآمر لأن الاستحلاف يترتب على دعوى وخصومة ولم يجر بين البائع والآمر معاملة فلا يكون هو خصما له فى دعوى الرضا بخلاف ما اذا أقام البينة فان الوكيل خصم للبائع وان كان نائبا عن الآمر واثبات الحق بالبينة على خصم هو نائب صحيح واذا أقر الوكيل فرضا الآمر باقراره لا يثبت ولكن اقراره حجة عليه وقد زعم أنه لا خصومة له مع البائع فى هذا العيب فباعتبار زعمه تنقطع الخصومة* ولو أقر الوكيل على نفسه انه رضى بهذا العيب فذلك منه صحيح فى حق

نفسه دون الآمر كما لو أقر أن الآمر رضى بالعيب فالجارية تلزمه الا أن يقر الآمر بذلك أو تقوم بينة على ذلك أو يرضى بما رضى به الوكيل * قال واذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيبا فرضى أحدهما فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى خيار الرؤية والشرط وقول ابن أبى ليلى كقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى أن له ذلك * قال واذا اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم وجد بالعبد عيبا ومات عنده فانه يرجع بحصة العيب من الجارية فيقوم العبد صحيحا ويقوم وبه العيب فان كان ذلك ينقصه العشر رجع بعشر الجارية لان بدل العبد الجارية ألا ترى أنه لو كان قائما بعينه رده وأخذ الجارية والرجوع بحصة العيب من البدل يكون وكذلك الحيوان والعروض كلها اذا استحق أحد العوضين أو رد بالعيب فقد انفسخ العقد فيرجع بالبدل ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا لانه تعذر استرداده مع قيام السبب الموجب للرد وكذلك ما يكال أو يوزن ان كان بعينه فان فوات القبض فيه مبطل للعقد كما فى العروض * ولو أقر المشترى به لانسان ولم يقم عليه بينة لم يرجع على البائع بشئ لان اقراره حجة فى حقه دون البائع فهو فى حق البائع متلف للسلعة باقراره وان استحق ببينة فقال البائع ليس هو عبدى الذى بعتك فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر البيع فى هذا العبد ولو أنكر جريان البيع بينهما أصلا كان القول قوله مع يمينه وكان على المشترى اثبات العقد بالبينة فكذلك اذا أنكر العقد فى هذا المحل * قال واذا اشترى خادما بكر حنطة وليس الكر عنده لم يجز لانه ان عين الكر وهو ملك غيره فهذا بيع ماليس عند الانسان وان لم يعين فهو مجهول الصفة وهذه جهالة تفضى الى المنازعة فان قال بكر حنطة جيدة أو وسط ففى القياس لا يجوز هذا أيضا لانه في جانب الكر بائع وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بشرائط السلم لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى جزورا بكري تمر ثم استقرضه فأعطاه اياه ولان المكيل أو الموزون اذا لم يكن بعينه فهو يثبت فى الذمة ثمنا فكان شراء بثمن ليس عنده وذلك صحيح كالشراء بالدراهم والدليل على أنه ثمن جواز الاستبدال به قبل القبض والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز عينا كان أو دينا فان وجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الكر ردها وأخذ كرا مثل كره * وكذلك لو كان ذلك الكر عند البائع بعينه كان له أن يرد كرا مثله لان

ألا ترى أن البيع يستدعى محلا هو مال متقوم كالشراء فنفوذ بيعه دليل على أنه مال متقوم فى حقه * وفى تصحيح البيع اظهار سلطان مالكيته ولم يكن فى عينه من معنى الاستذلال شئ حتى يؤمر به شرعا فكذلك فى تصحيح الشراء اثبات سلطان الملكية ولا يكون فى عينه من معنى الاذلال شئ وبهذا يتبين أن النهى ليس لمعنى فى عين الشراء بل لمعنى فى قصده وهو الاستخدام قهرا بملك اليمين ولا يمنع صحة الشراء كالنهى عن الشراء وقت النداء ولهذا ندب الولد الى شراء أبيه مع أنه ممنوع من اذلاله لانه لا يقصد بشرائه الاستخدام ولو كان اثبات الملك بطريق الشراء عينه اذلالا لكان القريب ممنوعا عنه فى قريبه لان كل طاعة لا تصل اليها الا بمعصية لا يجوز الأقدام عليها ثم تحقيق هذا الكلام أن بالشراء لا تتبدل صفة المحل لانه كان مملوكا قبل شرائه وبقى مملوكا بعد شرائه وانما تتحول الاضافة من المسلم الى الكافر وهى اضافة مشروعة ألا ترى أنه يرث الكافر العبد المسلم وبالارث تتجدد الاضافة فى حق الوارث ولكن لا يتبدل وصف المحل فلا يكون عينه اذلالا بخلاف الاسترقاق فبه تتبدل صفة المحل فيصير مملوكا بعد ان كان مالكا والمملوكية اذا قوبلت بالمالكية كانت المملوكية فى غاية الذل والهوان وهذا غير مشروع للكافر على المسلم وكذلك النكاح لان بعقد النكاح يتجدد ثبوت المملوكية فى المحل وكان ينبغى أن لا يثبت للمسلم على المسلمة الا أن لضرورة الحاجة الى قضاء الشهوة واقامة النسل أثبت الشرع ذلك للمسلم على المسلمة فيبقى فى حق الكافر اذلالا فلا يكون مشروعا للكافر على المسلمة ألا ترى أن ملك النكاح يبقى للكافر على المسلمة لانه ليس فى ابقاء الملك تبديل صفة المحل فصار الشراء هنا في معنى الاذلال بمنزلة البقاء فى ملك النكاح . يوضحه ان المحلية للنكاح باعتبار صفة المحل ولهذا لا يجوز للمسلم نكاح المجوسية والمرتدة والأخت من الرضاعة والمسلمة ليست بمتحللة فى حق الكافر فلانعدام المحل لا ينعقد النكاح ولكن يبقي لان فوات المحل عارض على شرف الزوال فيمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالفوات بسبب العدة وكذلك القبض الذى يتم به العقد ليس فيه معنى الاذلال لان ذلك يحصل بالتخلية وليس هذا نظير المحرم يشتري صيدا لان الصيد فى حق المحرم محرم العين قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما فلم يكن مالا متقوما كالخمر فى حق المسلم * ولهذا لا يجوز بيعه

انه اشترى على ما ليس فى ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن وبيان ذلك ان الثمن لا يدخل فى ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذى ز ل عنه بعينه و بقى له بعض الثمن فهذا ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى فيما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول أو أكثر فالربح هناك يحصل للمشترى والمبيع قد دخل فى ضمانه ولا كذلك فيما اذا باعه من غيره لانه لا يحصل للمشترى هناك ربح الا على ضمانه وكذلك اذا اشتراه البائع الاول من المشترى الثانى لانه لم يعد اليه الملك المستفاد من جهته لان اختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف أسباب الاعيان وقد قررنا هذا * وكذلك لو دخل فى المبيع عيب ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الاول لان الملك لم يعد اليه على الهيئة التى خرج عن ملكه فلا يتحقق فيه ربح مالم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء والذى احتبس عند المشترى سواء كان النقصان بقدر ذلك أو دونه حتى اذا كان النقصان نقصان السعر فهو غير معتبر فى العقود لانه فتور فى رغبات الناس فيه وليس فيه فوات جزء من العين فباعتباره لا يجوز شراؤه باقل من الثمن الاول * وكذلك لو اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول فذلك جائز لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس فالفضل انما يظهر فى التقويم والبيع لا يوجب ذلك بخلاف ما اذا اشتراه بجنس الثمن الاول والفضل يظهر هناك من غير تقويم * ولو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول فهو جائز فى القياس وهو قول زفر لان الدراهم والدنانير جنسان بدليل انه لا يجرى الربا بينهما وفى الاستحسان هذا لا يجوز وهو مذهبنا لانهما جنسان صورة وجنس واحد معنى فالمقصود منهما واحد وهو الثمنية ولهذا جعلا فى أغلب الاحكام كجنس واحد فباعتبار انهما جنسان صورة يصح هذا العقد وباعتبار انهما جنس واحد معنى لا يجوز هذا العقد وعند اجتماع المعنى الموجب للحل والموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحرام والحلال فى شئ الا وقد غلب الحرام الحلال ولان ثبوت هذه الحرمة لاجل الربا وباب الربا مبنى على الاحتياط * وكذلك لو اشتراه مملوك البائع الاول عبده أو مكاتبه بأقل من الثمن الاول لان تصرف المملوك لمالكه من وجه فكسب العبد لمولاه وللمولى فى كسب مكاتبه حق الملك فهو كشراء البائع بنفسه لمكان حقه فى المقصود بالعقدين و ن اشتراه ولده أو والده أو زوجته فكذلك فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله

يجوز لان الاملاك بينهما متباينة فليس للولد فى مال الوالد ملك ولا حق ملك فهو قياس مالو اشترى أخوه وأبو حنيفة يقول ان كل واحد منهما يجعل بمنزلة صاحبه فيما يرجع الى ملك العين ألا ترى ان شهادة أحدهما لصاحبه تجعل كشهادته لنفسه فكذلك شراء ابن البائع وأبيه كشراء البائع بنفسه وهو نظير الخلاف الذى سبق أن الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة لايبيع ممن لا تجوز شهادته له كمالا يبيع من نفسه ومملوكه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بيعه منه كما يجوز من أخيه وغيره من القرابات *قال وان اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز في قول أبي حنيفة ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو بناء على ما تقدم ان المسلم اذا وكل ذميا بشراء خمر له أو بيعها عند أبي حنيفة يجوز وينزل الوكيل في ذلك منزلة العاقد لنفسه فكذلك هنا الوكيل عنده كالعاقد لنفسه ثم الملك ينتقل الى الموكل حكما فهو كمالو اشتراه لنفسه ثم مات فورثه البائع منه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هناك يعتبر حال الموكل ويجعل عقد الوكيل له كعقده لنفسه فهنا أيضا يجعل كذلك والموكل هنا بائع لا يجوز شراؤه بأقل من الثمن الاول فكذلك شراء الوكيل له الا أن أبا يوسف يسوى بين الفصلين ويقول هناك التوكيل باطل والوكيل يصير في الشراء عاقدا لنفسه فهنا أيضا يصير الوكيل مشتريا لنفسه شراء صحيحا ومحمد يفرق بينهما فيقول هناك الوكيل يصير مشتريا لنفسه وهنا يصير مشتريا للموكل شراء فاسدا حتى يصير بقبض الوكيل مضمونا بالقيمة على الموكل لان المسلم ليس من أهل العقد على الخمر حتى لو اشترى الخمر لنفسه لا يملك وان قبض فكذلك توكيله بالشراء باطل اما البائع هنا فمن أهل مباشرة هذا العقد حتى لو اشتراه بنفسه انعقد شراؤه فاسدا فكذلك اذا وكل غيره فيه لان التوكيل بالشراء الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء الى الحصاد والدياس وبعد صحة الوكالة شراء الوكيل كشراء الموكل وقبض الوكيل للموكل فيصير مضمونا عليه بالقيمة ولكن أبو يوسف يقول متى أمكن تصحيح العقد لا يجوز إفساده اذ لا معارضة بين الفاسد والصحيح وهنا لو جعلناه مشتريا لنفسه كان الشراء صحيحا ولو جعلناه مشتريا للآمر كان الشراء فاسدا فينبغي أن يجعل مشتريا لنفسه شراء صحيحا وفيه شبهة على مذهب أبي حنيفة فانه قال ان البائع أوابنه لايشتريه لنفسه وماتحصل للبائع من الملك بشراء

الوكيل فوق ماتحصل بشراء ابنه لنفسه وان جعل هذا نظير مسئلة الخمر فى الوكالة فكذلك ينبغى أن يجعل فى شراء ابن البائع ومملوك البائع فان المسلم اذا كان له عبد مكاتب أو عبد مأذون كافر فاشترى خمرا جاز شراؤه * وكذلك لو كان له أب كافر فاشترى خمرا يجوز شراؤه فمن هذا لوجه يشكل مذهب أبي حنيفة * قال الشيخ الامام الاصح عندي فى ازالة هذا الاشكال أن المنع هنا لاجل العقد لا لاجل المعقود عليه بدليل ان أحد المقدين لو كان هبة كان كل واحد من العقدين صحيحا وكل من له الحق فى العقدين جميعا لا يجوز منه الشراء كالبائع وليس للوكيل حق فى العقد الاول فلهذا صح منه العقد الثانى وان كان حكمه يثبت للبائع فاما الاب والابن فلهما حق فى العقدين فنزلا منزلة البائع فى ذلك بخلاف مسئلة الخمر فهناك المنع لانعدام صفة المالية والتقوم فى الخمر وانما يعتبر ذلك فى حق العاقد خاصة فاذا كان العاقد كافرا صح العقد سواء ثبت به حق الملك أو حقيقة الملك أو شبهة الملك لمسلم لان ذلك يثبت بطريق الحكم * قال ولو كان البائع والمشترى وكيلين فى البيع الاول لم يجز للبائع أن يشترى باقل من الثمن الاول قبل النقد لا من المشترى ولا من موكله لان هذا المنع باعتبار العقد والعاقد لغيره فى حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ليس لموكل البائع ان يشتريه من المشترى ولا من موكله لان وكيله انما باع له فهو بمنزلة بيعه بنفسه فى المنع من الشراء ألا ترى أن من باع أو بيع له لا يثبت له حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا يجوز شراؤه باقل من الثمن الاول قبل النقد وهذا لان الربح لا على ضمانه الذى يحصل له * قال واذا باع بألف درهم نسيئة سنة ثم اشتراه بألف درهم بنسيئة سنتين قبل قبض الثمن لم يجز لان هذا فى معنى شراء ما باع باقل مما باع فان الزيادة في الاجل تمكن نقصانا فى مالية الثمن ألا ترى أن أصل الأجل يمكن نقصانا فى المالية حتى يكون المؤجل أنقص من الحال ولهذا يثبت ربا النسأ شرعا فكذلك بزيادة الأجل يزداد النقصان فى المالية فان زاد على الثمن درهما أو أكثر جاز لان الزائد في الثمن الثانى بمقابلة النقصان المتمكن بزيادة الأجل فينعدم النقصان به معنى والممتنع شراء ما باع بأقل مما باع فاذا لم يعلم أن الثمن الثانى أقل من الثمن الأول كان الشراء جائزا * قال واذا باع الرجل طعاما بدراهم فلا بأس بأن يشتري بالثمن قبل أن يقبضه من المشترى ما بداله من العروض أو الطعام يدا بيد سواء كان أكثر من طعامه أو أقل اذا لم يكن طعامه بعينه لان

الثمن دين لا يستحق قبضه في المجلس ويجوز الابراء عنه فيجوز الاستبدال به أيضا كبدل العروض والأصل في جواز الاستبدال بالثمن حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى أبيع الابل بالنقيع وربما ابيعه بالدراهم وآخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس ان افترقتما وليس بينكما عمل *قال واذا كان لرجل على رجل دين الى أجل وهو من ثمن مبيع فحط عنه شيئا على ان يعجل له ما بقى فلا خير فيه ولكن يرد ما أخذ والمال كله الى أجله وهو مذهب عبد الله بن عمر رضى الله عنهما وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يجوز ذلك ولسنا نأخذ بقوله لان هذا مقابلة الأجل بالدراهم ومقابلة الأجل بالدراهم ربا ألا ترى ان في الدين الحال لو زاده في المال ليؤجله لم يجز فكذلك في المؤجل اذا حط عنه البعض ليعجل له ما بقى والذي روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أجلى بنى النضير فقالوا ان لنا ديونا على الناس فقال صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا فتأويل ذلك ضعوا وتعجلوا من غير شرط أو كان ذلك قبل نزول حرمة الربا وهذا بخلاف المولى اذا صالح مع مكاتبه من الالف المؤجلة على خمسمائة على أن يعجلها له فذلك يجوز لان المكاتب ملكه ولا ربا بين المملوك وسيده ففيه شبهة الربا لا يعتبر بين المملوك والسيد وان كان تعتبر حقيقة الربا بينهما حتى لا يجوز بيع الدرهم بالدرهمين بينهما * يوضحه أن المولى يقصد بالكتابة الرفق بالمكاتب فكذلك فى حط بعض البدل مقصوده الرفق به لا مبادلة الاجل بالدراهم وكذا لو زاده فى بدل الكتابة ليزيده فى الاجل جاز وينعدم هذا المعنى فيما بين الحرين *قال واذا باع عبدا بنسيئة فباعه المشترى من رجل أو رهنه أو أوصى له به ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل بأقل من الثمن الأول جاز لان هذا ملك متجدد ثبت للثانى بسبب جديد فهو كعين آخر يشتريه بأقل من الثمن الاول منه وفرق بين الموصى له وبين الوارث فان البائع لو اشتراه من وارث المشترى بأقل من الثمن الأول لا يجوز ذلك لان الوراثة خلافة وانما ينتقل الى الوارث الملك الذي كان للمورث ولهذا يرده بالعيب ويصير مغرورا فيما اشتراه مورثه ويجوز إقالة الوارث مع البائع * أما الموصى له فثبت له ملك بسبب متجدد ولهذا لا يرده بالعيب ولا يقبل العقد مع بائع الموصي ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي فلهذا جاز شراؤه منه بأقل من الثمن الاول وفرق بين ما اذا اشتراه له وارث البائع من المشترى بعد

موت البائع وبين ما اذا اشتراه البائع من وارث المشترى وأبو يوسف يسوى بين الفصلين ويقول لا يجوز فيهما لان وارث البائع يقوم مقامه بعده كوارث المشترى ووجه الفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام المورث فيما كان للمورث * وقد كان الملك في المبيع للمشترى فيخلفه وارثه فيه وما كان ملكه للوارث فيخلفه وارثه فى ذلك ولكن هذا ملك يحصل لوارث البائع باكتسابه وهو ليس بخلف عن البائع فى ذلك فيجعل شراؤه بعد موت البائع كشرائه فى حياة البائع * قال وان اشتراه البائع من المشترى مع عبد آخر بثمن حصته منه أقل من الثمن الذى باعه لم يجز الشراء فيه كما لو اشتراه وحده بأقل من الثمن الاول ويجوز فى العبد الآخر بحصته لانه لا مفسد للعقد فى حصة العبد الآخر * وقد بينا عذر أبى حنيفة فى الخلافيات أن هذا فساد ضعيف خفى ولهذا خفى على زيد بن أرقم رضى الله عنه فلا يعدو حكمه محله بخلاف ما اذا كان الفساد ظاهرا بسبب الربا أو غيره ولا يقال ينبغى ان يجعل بمقابلة ماباع مثل الثمن الاول احتيالا لتصحيح العقد لان هذا الوجه غير متعين للتصحيح فانه وان جعل بمقابلة أكثر من الاول يجوز العقد أيضا ولا يقال قد جعل قبول العقد فى ذلك شرطا لقبول العقد فى الآخر وهو شرط فاسد فينبغى أن يفسد به العقد في الثانى كما هو مذهب أبى حنيفة في نظائر هذا لان قبول العقد في ذلك العبد ليس بشرط فاسد . ألا ترى أن ثمنه لو كان مثل الثمن الاول أو خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا المعنى يقتصر على العبد الذى باعه ولا يتعدى الى العقد في العبد الثانى * وان اشتراه البائع مع رجل آخر جاز شراء الاجنبي فى نصفه كما يجوز شراؤه فى الكل اذا اشتراه لنفسه واعتبار البعض بالكل اعتبار صحيح * وان كانت جارية فولدت عند المشترى ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الاول جاز ان كانت الولادة نقصتها كما لو دخلها عيب آخر عند المشترى بسبب آخر ولا يجوز ان لم ينقصها لان ما دخل في ملك المشترى على هيئته كما كان فاذا اشتراها البائع بأقل من الثمن الاول يحصل له ربح لا على ضمانه * قال واذ اشترى الرجل جارية فولدت عنده لاقل من ستة أشهر من يوم شراها فادعى البائع الولد وكذبه المشتري في ذلك لم تصح دعواه في القياس وهو قول زفر وصحت دعوته فى الاستحسان وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله

وجه القياس فيه أن البائع بهذه الدعوى يسعى في نقض ما تم به فلا يقبل ذلك منه كما لو زعم انه كان أعتقها قبل البيع وكما لو جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا وكما لو مات الولد أو أعتق المشترى الولد ثم ادعى نسبه وهذا لانه مناقض في كلامه فاقدامه على بيعها اقرار منه أنها ليست بأم ولد له فاذا زعم بعد ذلك ان الولد ولده وانها أم ولده كان مناقضا في ذلك والدليل عليه أن البائع لو ادعى نسب هذا الولد لم تصح دعواه باتفاق فلو جعل الحال بعد بيعها كالحال قبله في دعوي البائع فكذلك ينبغى ان يجعل فى دعوي أبيه . وجه الاستحسان أنا تيقنا أن العلوق حصل في ملكه لان أدنى مدة الحبل ستة أشهر فلما وضعته لأقل من ستة أشهر عرفنا أن العلوق كان حاصلا قبل البيع وحصول العلوق في ملكه يثبت له حق استحقاق النسب بالدعوى وحق استحقاق النسب لا يحتمل الفسخ بحقيقة النسب فلا يبطل ذلك بالبيع واذا لم يبطل كانت دعواه بعد البيع كدعواه قبله وهذا لان الشيء لا ينقضه ما هو دونه و نما ينقضه ما هو مثله أو فوقه والملك الثابت للمشتري دون حق استحقاق النسب للبائع فهذا يحتمل لرفع وذلك لا يحتمل فلا ينتقض به بخلاف ما اذا وضعته لستة أشهر فصاعدا فانا لا نتيقن هناك بحصول العلوق فى ملك البائع وثبوت حق استحقاق النسب له والملك للمشترى متيقن به و لمتيقن به أقوى مما لا يتيقن فيه وبخلاف ما اذا أعتق المشترى الولد لان ولاءه يثبت للمشترى بالعتق والولاء لا يحتمل النقض لحق استحقاق النسب فنتقض به ما كان من حق استحقاق النسب لان هذا مثله او فوقه بخلاف ما اذا مات الولد لان حق استحقاق النسب لمنفعة الولد وحاجته الى النسب وهو بالموت قد استغنى عن ذلك وهو بخلاف مالو ادعاه ابو البائع لانه بمجرد حصول العلوق فى ملك البائع لا يثبت لابنه حق استحقاق النسب الا بشرط وهو ولاية نقلها الى نفسه ألا ترى أن حق الدعوى لا يثبت للجد حال حياة الاب ويثبت له بعد موت الاب لان ولايته بعد موت الاب وهذا الشرط لا يوجد فيه بعد البيع لانها صارت مملوكة للمشترى فليس للأب ولاية نقلها الى نفسه بالدعوى فلهذا تصح دعواه ثم التناقض لا يمنع صحة استحقاق النسب ألا ترى أن الملاعن اذا اكذب نفسه يثبت النسب منه وهو مناقض فى ذلك وهو لخفاء اثر العلوق قد يظن في الابتداء أنها لم تعلق منه فيبيعها ثم يتبين أنها علقت منه فيستدرك ذلك بدعوى النسب وحكم الحاكم باللعان وقطع النسب أقوى منه فى بيعه إياها فاذا

جاز ابطال حكم الحاكم بدعوى النسب وان كان هو ساعيا فى نقض ماتم به فلان يجوز ابطال البيع أولى * وان ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع لم تصح دعوى البائع لان نسبه قد ثبت من المشتري فاستغنى به الولد عن النسب ولان النسب الذى يثبت من المشترى لا يحتمل النقض فهو أقوى من الولاء الثابت له بالعتق * وقد بينا أن اعتبار الولاء يبطل حق الاستلحاق الثابت للبائع فاعتبار النسب أولى وان ادعياه معا فانه يثبت نسبه من البائع وتصير أم ولد للبائع وينتقض البيع فيها عندنا * وقال ابراهيم النخعى يثبت نسبه من المشترى لان للمشترى فيها حقية الملك وللبائع حق الملك وصاحب حقية الملك يترجح في الدعوى كمالو ولدت جارية رجل فادعى الولد هو وأبوه صحة دعوى المولى دون أبيه لهذا المعنى ولكنا نقول دعوى البائع سابقة معنى لانها تستند الى وقت العلوق فان العلوق حصل فى ملكه ودعوى المشترى لا تستند الى تلك الحالة لانه يملكها بعد ذلك ولو سبق البائع بالدعوى كان النسب ثابتا منه فكذلك اذا سبقت معنى بخلاف مسئلة الأب لان دعوى كل واحد منهما هناك تستند الى ما تستند اليه دعوى الآخر الا أن شرط دعوى الأب نقلها اليه ولا يمكن اتحاد هذا الشرط اذا اقترنت دعوى المولى بدعواه * يوضح ما قلنا ان دعوى المشترى دعوى التحرير لان العلوق لم يكن حاصلا في ملكه ودعوى التحرير كالاعتاق اما دعوى البائع فدعوى استيلاء ولان العلوق كان فى ملكه فيجعل هذا بمنزلة مالو ادعاه البائع وأعتقه المشترى معا فتكون دعوى البائع أولى * وأما اذا ولدته لا كثر من ستة أشهر فادعياه معا فدعوى المشترى أولى لانا لم نتيقن بحصول العلوق في ملك البائع هنا ولو انفرد بالدعوى لم يصح اذا لم يصدقه المشترى فاذا اقترنت دعوى المشترى بدعوى البائع فأولى ان لا تصح دعوى البائع * قال ولو أعتق المشترى الأم ثم ادعى البائع الولد وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر فنسبه يثبت من البائع لانه يحتاج الى النسب لحل له بعد عتق الأم ولكن لا ينقض عتق المشتري فى الأم للولاء الذى لم يثبت له عليها وهو مما لا يحتمل النقض وقد يجوز ان يثبت نسب الولد * وان كانت لا تثبت حق أمية الولد للام كما في ولد المغرور * وهذا بخلاف مالو أعتق الولد فان هناك دعوى البائع لا تصح فى حق الأم لان الولد هو المقصود والأم تبع فاذا لم يمكن تصحيح دعواه فيما هو الأصل لا يشتغل بتصحيحه في البيع * فأما حق الأم في الاستيلاد فبيع

وتعذر ثبوت الحكم فى البيع لا يمنع ثبوت الحكم في الأصل فلهذا يثبت نسب الولد منه ويقسم الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فيرد البائع حصة الابن من الثمن وانما كان لهذا الولد حصة من الثمن وان انفصل بعد القبض لانه صار مقصودا بنقض العقد فيه فيكون بمنزلة الولد المقصود بالقبض فيكون له حصة من الثمن ولذلك لو كانت ولدت قبل أن يبيعها ثم ادعى النسب بعد ما باعها فهذا وما سبق سواء * ولو اشتراها ثم باعها ثم ادعى المشترى الأول نسب الولد لم تصح دعواه لان أصل العلوق لم يكن فى ملكه فدعواه فيه كدعوى التحرير ولا يعمل بعد زوال الملك ولو ادعاه البائع الأول صحت دعواه لان العلوق كان فى ملكه والبيع الثانى في احتمال النقض كالاول فباعتبار الدعوى ينقض العقدان جميعا * ولو ولدت عنده ولدين فى بطن واحد ثم باع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الولد الذى عنده ثبت نسبهما منه لحاجتهما الى النسب وبقي أحد الولدين فى ملكه على حاله ثم ينتقض عتق المشترى فى الولد الآخر حكما لانهما توأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة حرية الأصل لأحدهما حرية الأصل للآخر ومن ضرورة ثبوت حرية الأصل فيه انتقاض العتق والولاء الثابت للمشترى بخلاف ما سبق فيما اذا أعتق المشترى الأم لانه ليس من ضرورة ثبوت النسب وحرية الأصل للولد انتقاض عتق المشترى فى الأم * يوضحه ان هناك لو نقض عتق المشترى عادت أم ولد للبائع فيطؤها بالملك بعد ما حكم بحريتها وذلك لا يجوز اماهنا لو نقضنا عتق المشترى فى الولد أثبتنا فيه ما هو أقوى وهو حرية الأصل فهذا هو الفرق بينهما والله أعلم

باب بيوع أهل الذمة

قال واذا اشترى الذمى مملوكا مسلما صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى من مسلم أو ذمى جاز شراؤه في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله * وقال الشافعي لايجوز شراؤه لقول الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي اثبات الملك للكافر على المسلم سبب يكسبه اثبات أقوى السبيل له عليه . والمعنى فيه أن الكافر لا يقر على تحصيل مقصود هذا العقد لحرمة الاسلام فلا يصح استدامته كنكاح المسلمة وبيان الوصف أن المقصود استدامة الملك ولهذا لا يصح البيع الا مؤبدا وهو ممنوع من استدامة الملك على المسلم لانه يجبر

على بيعه فاذا لم يصح منه استدامة الملك على المسلم لا يصح مباشرة سبب الملك الدليل عليه أن اسلام المملوك مع كفر المالك يمنع استدامة الملك اذا طرأ فيمتنع ثبوت الملك اذا اقترن بالسبب كما فى النكاح * وهذا لان الكافر ممنوع من استذلال المسلم وفى اثبات الملك له عليه استذلال المسلم ولهذا لا يسترق الكافر المسلم فكذلك لا يشتريه لان الثابت بالشراء له ملك متجدد بتجدد سببه * ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فيكون هذا في المعنى كالاسترقاق * بخلاف الارث فانه يبقى للوارث الملك الذى كان للمورث * ولهذا يرث المسلم الخمر ولا يملك الخمر بالشراء * وبخلاف البيع لانه بالبيع يزول ملكه وذله على المسلم واكتساب سبب ازالة الذل غير ممنوع منه انما الممنوع منه اكتساب سبب الذل * وهذا النهى لمعنى فى المنهى عنه فيكون مفسدا للعقد ألا ترى أن الكافر يطلق امرأته المسلمة ولا يصح عقد النكاح من الكافر على المسلمة * وهذا بخلاف الولد يشترى والده يجوز وان كان الولد ممنوعا عن اذلال والده لان بالشراء هناك تتم علة العتق فيتخلص به عن ذل الرق والأمور بعواقبها فباعتبار المآل يصير هذا الشراء اكراما لا اذلالا ولهذا قلنا الابن الكافر اذا اشترى أباه المسلم يجوز وكذلك اذا قال الكافر لمسلم أعتق عبدك هذا على ألف درهم يجوز ويتملكه الكافر ثم يعتق عليه وهو نظير الفصد فهو جرح لا يجوز الاقدام عليه من غير حاجة وعند الحاجة يكون دواء والذى يحقق ما قلنا انه بالشراء يتمكن من قبضه وفى اثبات اليد للكافر على المسلم على وجه يستفيد به ملك التصرف معنى الذل ولا يوجد ذلك فى حق من يعتق عليه وان قلتم انه يمتنع من قبضه فيقول مالا يتأتى فيه القبض بحكم الشراء لا يجوز شراؤه كالعبد الآبق وهذا لان فوات القبض اذا طرأ بهلاك المعقود عليه قبل التسليم كان مبطلا للعقد فاذا اقترن بالعقد منع انعقاد العقد والدليل عليه المحرم اذا اشترى طيبا لا يملكه لانه ممنوع من اثبات اليد عليه وكذا على الصيد لاحرامه فلا يملكه بالشراء كما لا يملكه بالاصطياد فكذلك الكافر فى العبد المسلم . وحجتنا فى ذلك العمومات المجوزة للبيع من الكتاب والسنة . والمعنى فيه ان الكافر يملك بيع عبده المسلم فيملك شراءه كالمسلم * وهذا لان صحة التصرف باعتبار أهلية التصرف وكون المحل قابلا للتصرف وما يصير به أهلا للتصرف يستوى فيه الكافر والمسلم * وانما يكون المحل محلا للتصرف لكونه مالا متقوما والعبد المسلم مال متقوم فى حق المسلم والكافر جميعا

حال المشتري مع البائع عند الفسخ كحال البائع معه عند العقد وقد كان للبائع على المشتري كر في ذمته يعطيه المشتري من أي موضع شاء فكذلك البائع يفعله عند الفسخ * وكل ما يكال أو يوزن أو يعد في هذا الحكم سواء لما قلنا * قال ولو اشترى جارية بثوب ليس عنده لم يجز لان الثياب لا تثبت دينا في الذمة الا موصوفة ومؤجلة ولم يوجد ذلك وان كان الثوب بعينه فوجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الثوب ردها وأخذ قيمة الثوب لان الثوب ليس من ذوات الأمثال وقد لزمه رد عينه حين رد عليه الجارية فاذا تعذر رده بالاستهلاك يلزمه قيمته كما في المغصوب * واذا باع رجل شيئا بنقد أو بنسيئة فلم يستوف ثمنه حتى اشتراه بمثل ذلك الثمن أو أكثر منه جاز وان اشتراه باقل من ذلك الثمن لم يجز ذلك في قول علمائنا رحمهم الله استحسانا وفي القياس يجوز ذلك وهو قول الشافعي لان ملك المشترى قد تأكد في المبيع بالقبض فيصح بيعه بعد ذلك بأى مقدار من الثمن باعه كما لو باعه من غير البائع ألا ترى أنه لو وهبه من البائع جاز ذلك فكذلك اذا باعه منه بثمن يسير ولانه لو باعه من انسان آخر ثم باعه ذلك الرجل من البائع الاول بأقل من الثمن الاول جاز فكذلك اذا باعه المشترى منه الا انا استحسنا لحديث عائشة رضى الله عنها فان امرأة دخلت عليها وقالت ني بعت من زيد بن أرقم جارية لي بثمانمائة درهم الى العطاء ثم اشتريتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضى الله عنها بئسما ما شريت وبئسما اشتريت ابلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فأتاها زيد بن أرقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا دليل على ان فساد هذا العقد كان معروفا بينهم وانها سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان أجزية الجرائم لا تعرف بالرأي وقد جعلت جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد فعرفنا أن ذلك كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم واعتذار زيد رضى الله عنه اليها دليل على ذلك لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر أحدهم الى صاحبه فيها ولا يجوز أن يقال انما ألحقت الوعيد به للاجل الي العطاء فان مذهب عائشة رضى الله عنها جواز البيع الى العطاء وقد كرهت العقد الثانى بقولها بئسما اشتريت وليس فيه هذا المعنى عرفنا أنها انما كرهت لما قلنا وانما كرهت العقد الاول لانهما يطرقان به الى الثانى والمعنى فيه

عندنا فكذلك شراؤه فانما بطل ذلك التصرف لانعدام المحل بخلاف ما نحن فيه ولسنا نقول بأنه لا يقر على مقصود هذا العقد بل يقر على مقصوده اذا أسلم ثم موجب الشراء اثبات الملك * فاما استدامة الملك فليس من موجبات العقد ولا يمنع صحة الشراء لكونه ممنوعا من استدامة الملك فيه كالمسلم يشترى عبدا مرتدا فيصح شراؤه وان كان ممنوعا من استدامة الملك فيه وعند التأمل فى تصحيح هذا الشراء اظهار ذل الكافر دون المسلم لان العبد المسلم يتسلط به على الكافر فيخاصمه ويجره الى باب القاضى ويجبره على بيعه شاء أو أبى ولهذا يتبين ان هذا النوع من التصرف لم يدخل تحت قوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا مع ان المراد بالآية أحكام الآخرة بدليل قوله تعالى فالله يحكم بينكم يوم القيامة وعلى هذا الخلاف الكافر اذا اشترى مصحفا لا يصح الشراء عند الشافعى لانه يستخف به فيرجع ذلك الى اذلال المسلمين وعندنا يصح شراؤه لانه ليس فى عين الشراء من اذلال المسلمين شئ وكلامنا فى هذا الفصل أظهر فالكافر لا يستخف بالمصحف لانه يعتقد انه كلام فصيح وحكمه بالغة وان كان لا يعتقد انه كلام الله عز وجل فلا يستخف به ثم يجبر على بيع العبد من المسلمين لانه لو ترك فى ملكه استخدمه قهرا بملك اليمين وفيه ذل فيجبر على ازالة هذا الذل وذلك ببيعه من المسلمين ولا يترك ليبيعه من كافر آخر وان كان لو باعه جاز ولكن المقصود لا يحصل به فلا يمكن منه وكذلك يجبر على بيع المصحف لانه لا يعظمه كما يجب تعظيمه * واذا ترك فى ملكه يمسه وهو نجس وقال الله تعالى انما المشركون نجس وقال الله تعالى في القرآن لا يمسه الا المطهرون * فلهذا يجبر على بيعه من المسلمين وكذلك ان أسلم مملوك الذمى فانه يجبر على بيعه من المسلمين وذلك بعد ان يعرض عليه الاسلام فلعله يسلم فيترك العبد فى ملكه فان أبى ذلك أجبر على بيعه كالكافر اذا أسلمت امرأته يعرض عليه الاسلام فان أبى فرق بينهما الا أن ملك النكاح ليس بمال متقوم فيجوز ازالته مجانا عند اباية الاسلام وملك اليمين مال متقوم محترم بعقد الذمة فلا يجوز ابطاله عليه بالعتق مجانا ولا بد من ازالة ملكه عن المسلم فيجبر على بيعه بقيمته ليستوفى المالية ويحصل المقصود وان كان للذمى عبد وامرأته له أمة قد ولدت منه فاسلم العبد وولده منها صغير فانه يجبر على بيع العبد وولده لان الولد الصغير يصير مسلما باسلام أبيه فيجبر على بيعه * وان كان ذلك

تفريقا بينه وبين أمه لان هـذا تفريق بحق وجب فيه فهو كما لو جنى الابن الصغير جناية فدفع بها أو لزمه دين فبيع فيه يجوز ذلك * وان كان فيه تفريق بين الولد والأم ولكن لما كان بحق لزم ذلك فى الولد خاصة واستقام ذلك فهذا مثله * وعن أبي يوسف أن فى كل موضع يجب بيع الولد تباع الأم معـه لانه لا ضرورة فى التفريق بينهما اذا كان كل واحد منهما محلا للبيع * قال واذا أسلم العبد وهو بين مسلم وكافر أجبر الكافر على بيع حصته منه اعتبارا للبعض بالكل وان أسلم عبد الذمى فكاتبه جازت الكتابة لان ملكه فيه باق بعد اسلامه ونفوذ عقد الكتابة منه باعتبار ملكه ثم ما هو المقصود يحصل بالكتابة في الحال وهو ازالة ذله منـه لانه يصير بمنزلة الحر فى حق اليـد والمكاسب ولا يبقى له ولاية الاستخدام عليـه قهرا بملك اليمين وربما يؤدى بدل الكتابة فيعتق ويتم المقصود به فان عجز أجبر على بيعه لان الكتابة انفسخت حين تحقق عجزه فظهر الحكم الذى كان قبل الكتابة وهو الاجبار على البيع * وان لم يكاتبه ولكنه رهنه عند مسلم أو كافر أجبر المولى على بيعه لان المقصود بعقد الرهن لم يحصل فالراهن يستخدم المرهون باذن المرتهن والمرتهن باذن الراهن ثم بعد الرهن هو محل للبيع فيبقى فيه حكمه وهو الاجبار على البيع * فاما بعد الكتابة فلا يكون محلا للبيع ما بقيت الكتابة واذا بيع المرهون فيكون ثمنه رهنا مكانه لان عقد الرهن قد صح باعتبار ملكه فى المحل فيتحول حكمه الى بدله كما اذا قبل المرهون وأخذ المرتهن قيمته وكذلك لو آجره من مسلم أو كافر فالمقصود وهو ازالة اليد عن المسلم لا يحصل بالاجارة بل يتحقق فيه معنى الاذلال ويبقى هو محلا للبيع بعد الاجارة فيجبر على بيعه ثم تبطل به الاجارة بخلاف الرهن * ألا ترى ان المؤجر اذا باع المؤاجر برضا المستأجر بطلت الاجارة والراهن اذا باع المرهون برضا المرتهن كان الثمن رهنا * ولو كان رهنه أو أجره وهو كافر ثم أسلم فى يد المرتهن أو لمستأجر أجبرته على بيعه ولم أتركه يكون فى ملك الكافر وهو مسلم كما بينا أن الاذلال هنا يتقرر اذا ترك فى ملكه فيجب ازالته بالاجبار على بيعه * وان كانت جارية فدبرها أو استولدها قبل الاسلام أو بعده جعلت عليها ان تسعى فى قيمتها لان بيعها متعذر لما تقرر فيها من حق العتق فيجب اخراجها عن ملك الكافر بالاستسعاء فى قيمتها وهى بمنزلة المكاتبة ما دامت تسعى وعند زفر هى حرة والسعاية دين عليها وعند الشافعى يجبر

على بيع المدبرة وأم الولد بخارج وقد تقدم بيان هذا فى كتاب العتاق * واذا باع الكافر عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم العبد فهو على خياره لان اسلامه لا يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه بطريق الاولى * فان نقض البيع أجبر على بيعه لان الاول صار كان لم يكن * وان أمضاه لكافر مثله أجزأه وأجبر ذلك الكافر على بيعه كما لو باعه منه ابتداء بعد ما أسلم العبد وكذلك ان كان الخيار للمشترى فان فسخ العقد أجبر على بيعه اذا كان كافرا وان أمضى العقد والمشترى مسلم فهو سالم له *قال واذا اشترى الكافر عبدا مسلما شراء فاسدا وقبضه فانه يجبر على رده على البائع سواء كان البائع مسلما أو كافرا ثم يجبر البائع على بيعه ان كان كافرا لان فسخ البيع الفاسد مستحق شرعا ولا يفوت به ما يثبت من الحق للعبد باسلامه فان البائع يجبر على بيعه اذا كان كافرا ومع امكان استيفاء الحقين لا يجوز ترك احدهما فان كان البائع غائبا فرفع العبد المشترى الى القاضى أجبره على البيع ان كان شراء يجوز فى مثله البيع منه لانه مالك له وقد تعذر فسخ العقد الفاسد لغيبة البائع ولا يجوز أن يترك المسلم فى ملك الكافر فيجبر على بيعه * وهذا لان فى التأخير الى أن يحضر البائع اضرارا بالعبد وابقاء له فى ذل الكافر وذلك ممتنع فى الشرع .وان كان شراء لا يجوز فى مثله البيع فهو غير مالك له ولا يمكن اجباره على بيعه ولكنه ملك الغير مضمون فى يده أو أمانة بمنزلة المغصوب أو الوديعة *مسلم اشترى عبدا مسلما من كافر شراء فاسدا أجبرته على رده على الكافر لفساد العقد ثم يجبر الكافر على بيعه لان استيفاء الحقين ممكن وان كان الكافر غائبا فهو على حاله عند المسلم لانه ليس فى ابقاء المسلم فى ملك المسلم معنى الاذلال ولو أن مسلما وهب عبدا مسلما لكافر أو تصدق به عليه جاز وأجبر الكافر على بيعه كما لو ملكه بسبب آخر . ولو أراد المسلم أن يرجع فى هبته كان له ذلك مالم يبعه الكافر أو يعوض المسلم منه والكافر فى حكم الهبة بمنزلة المسلم وكذلك لو كان الكافر هو الواهب للعبد المسلم من المسلم ثم رجع فى هبته كان له ذلك لان حقه فى الرجوع كان ثابتا مالم يصل اليه العوض فلا يبطل باسلام العبد ولكن اذا رجع فيه أجبر على بيعه * واذا أسلم عبد النصرانى فأجبره القاضي على بيعه فباعه ثم استحقه نصرانى آخر ببينة مسلمين وقد أعتقه المشترى فان عتقه باطل لان بالاستحقاق قد ظهر ان المشترى لم يملك وان عتقه لم ينفذ لان بائعه لم يكن مالكا فيأخذه المستحق ويجبر على بيعه ولا يقال ينبغى أن ينفذ

البيع باجبار القاضي عليه فى حق المستحق اذا كان نصرانيا لان القاضي انما أجبر عليه المالك الظاهر له حين أبى أن يسلم فلا يتعدى ذلك الى المستحق لانه لم يكن ظاهرا يومئذ ولعله يسلم لو عرض عليه الاسلام * ولو ان نصرانية تحت مسلم لها مملوك مسلم فأجبرت على بيعه فباعته من زوجها واشتراه زوجها لولد له صغير فذلك جائز لان المقصود قد حصل وهو ازالة ذل الكافر عن المسلم بخروجه من ملكها * قال ولو ان يتامى من النصارى أسلم عبد لهم أجبروا على بيعه لتقرر السبب وهو ملك الكافر فى العبد المسلم فان كان لهم وصي باعه الوصي لانه قائم مقامهم في البيع الذى ليس بمستحق ففى البيع المستحق أولى * وان لم يكن لهم وصي جعل القاضي لهم وصيا فباعه لهم لانه اذا جاز للقاضي نصب الوصي نظرا منه لليتامى فلان يجوز ذلك منه نظرا لليتامى ومراعاة لحرمة الاسلام أولى * قال واذا كان للمسلم عبد نصرانى تاجر فاشترى عبدا نصرانيا فاسلم ولا دين على العبد التاجر لم أجبره على بيعه لان كسب العبد الذى لا دين عليه مملوك لمولاه وهو مسلم وان كان عليه دين أجبرته على بيعه لان المولى لا يملك من كسبه مالم يقض عنه الدين كالاجنبي والعبد هو المستبد بالتصرف وهو نصرانى فيجبر على بيعه كمكاتب نصرانى لمسلم أسلم عبده * قال واذا اشترى النصرانى عبدا مسلما فوجد به عيبا فقال ارده تركته حتى يرده لانه يستوفى بالرد حقه ويدفع به الضرر عن نفسه وأكثر ما فيه أن يكون رده اياه بمنزلة البيع منه وذلك صحيح * وان وكل وكيلا يخاصم عنه فى العيب جاز حتى يبلغ اليمين بالله ما رأي ولا رضى فاذا بلغ ذلك لم يستطع رده حتى يحضر الموكل فيحلف وفى هذا الحكم يستوى الكافر والمسلم ثم فى ظاهر الرواية القاضي يحلف المشترى بهذه الصفة ما رأى ولا رضى طلب البائع ذلك أو لم يطلب * ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا يحلف الا بطلب البائع لانه نصب لفصل الخصومة لا لانشائها ولكنا نقول هو مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ وليس كل خصم يهتدى الى ذلك ليسأل أو يتجاسر على ذلك مع حشمة القاضى فيحتاط القاضى بذلك ويحلفه بالله ما رأى العيب ولا رضى به * وفى موضع آخر قال ولا عرضه علي بيع ثم يقضى بالرد فان أقر الوكيل عند القاضى أن المشترى قد رضى بالعيب جاز ذلك على المشترى وان وكل البائع وكيلا بالخصومة فاقرار وكيله عليه جائز فى مجلس القاضى لانه قائم مقام الموكل فى جواب الخصم

ولا يحاف لوكيل لان النيابة فى اليمين لا تجزئ ولكن يحضر الموكل فيحاف بالله لقد باعه وما هذا به وقد قررنا هذا فى كتاب العيوب * قال ولا يجوز بين أهل الذمة شئ من بيوع الصرف والسلم وغيرهما الا ما يجوز بين أهل الاسلام ما خلا الخمر والخنزير فانى أجيز ذلك بينهم وأستحسن ذلك لانهما أموال متقومة فى حقهم والأثر الذى جاء فيه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حيث قال ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها وقد تقدم بيان هذا الفصل فى كتاب الغصب وأوضحنا الفرق بين الربا والتصرف فى الخمر والخنزير باعتبار أن ذلك مستثنى من عقد الذمة ونذكر هنا حرفا آخر للفرق بينهما فنقول لما بقى الخمر والخنزير مالا متقوما فى حقهم فلو لم نجز تصرفهم فيهما بالبيع والشراء لم تظهر فائدة المالية والتقوم فيكون اضرارا بهم ولو منعناهم عن عقود الربا لأدى ذلك الى ابطال فائدة المالية والتقوم لانهم قد لا يتمكنون من التصرف في ذلك المحل الا بطريق الربا * قال ولا يحل للمسلم بيع الخمر ولا أكل ثمنها بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه حديثان * أحدهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله فى الخمر عشرة وذكر في الجملة بائعها * والثانى قوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها * وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا ثمنها وان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم بيعه وأكل ثمنه وبهذه الآثار تبين ان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم فلا يجوز بيعه إياها * قال واذا اشترى المسلم عصيرا فلم يقبضه حتى صار خمرا فالبيع فاسد لانه تعذر قبضه بعد التخمر وبالقبض يتأكد الملك المستفاد بالعقد ويستفاد بملك التصرف وكما لا يجوز ابتداء العقد على الخمر من المسلم فكذلك لا يجوز قبض الخمر بحكم العقد فان صارت خلا قبل أن يترافعا الى السلطان فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أما عند محمد فالبيع باطل هكذا ذكر الكرخى لأن العقد فسد بالتخمر فلا يمكن تصحيحه على الخل الا بالاستقبال وهذا لان التخمر قبل القبض كالموجود عند العقد * ولو اشترى المسلم خمرا فتخللت لا يصح العقد * وجه قولهما ان أصل العقد كان صحيحاً ثم بالتخمر فات القبض المستحق بالعقد العارض على شرف الزوال وهو انعدام المالية والتقوم فاذا زال صار كأن لم يكن كما لو أبق المبيع قبل القبض ثم عاد من اباقه الا أن المشترى هنا مخير لتغيير صفة المبيع وهو فى ضمان البائع ولهذا لو

خاصمه فيها قبل أن يصير خلا فابطل القاضي البيع ثم صارت خلا بعد ذلك لم يكن له عليها سبيل لأن العقد انفسخ بقضاء القاضي كما في الاباق اذا عاد بعد ما فسخ القاضى البيع بينهما . وبه فارق ما لو كانت خمرا في الابتداء فان هناك البيع ما انعقد صحيحاً * ألا ترى أنه لو باع العبد وهو آبق ثم رجع من اباقه لم يصح البيع *وعلي هذا النصرانى لو اشترى من نصرانى خمرا ثم صارت خلا ثم أسلما فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك لتغير صفة المبيع وان أسلما ثم صارت خلا فهو على هذا الخلاف الذى ذكرنا ثم ذكر مسئلة اقراض النصرانى نصرانيا خمرا وقد تقدم بيان ذلك فى كتاب الغصب * قال واذا اشترى النصرانى من النصرانى خمرا أو خنزيرا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم المشترى قبل أن يختار وقد قبض كان البيع باطلا في قول أبى حنيفة ويتم البيع في قول صاحبيه بناء على اختلافهما فى وقوع الملك للمشترى مع اشتراط الخيار وقد تقدم بيانه بفصوله . ولو كان الخيار للبائع فأسلما او أسلم البائع بطل البيع لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فلا يمكن من اخراجه عن ملكه بالاجازة بعد اسلامه وان أسلم المشترى وقد قبض ما اشترى لم يفسد البيع لأن البيع قد تم من قبله والبائع على خياره فان أجاز البيع ملك المشترى الخمر حكما من غير عقد باشره بعد اسلامه واسلامه لا يمنعه من ذلك * واذا ارتهن نصرانى من نصرانى خمرا بدين له عليه فاسلم المرتهن بطل الرهن لان المقصود بالرهن الاستيفاء ولا يتم ذلك الا بهلاك الرهن فالاسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقترن بالعقد فان كان المرتهن هو الذى أسلم بقى مضمونا عليه حتى اذا هلك هلك علي الراهن لان خمر الكافر يجوز أن تكون مضمونة على المسلم بالغصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن فان كان الراهن هو الذى أسلم ثم هلك الرهن لم ينتقص من حق المرتهن شيء لأن خمر المسلم لا تكون مضمونة على الذمى بالغصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن وهذا لانعدام المالية والتقوم فى حق المالك هنا بخلاف الأول * قال واذا وكل المسلم نصرانيا ببيع الخمر فباعها جاز في قول أبى حنيفة لأن العاقد نصرانى ولم يجز في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن من وقع له العقد مسلم وقد تقدم بيان هذا الفصل * واذا كان للذمى عبدان أخوان لم أكره له أن يفرق بينهما في البيع لأن مافيه من الشرك أعظم من التفريق يعنى أن المنع من التفريق لحق الشرع والكفار لا يخاطبون من حقوق الشرع بما هو أعظم من كراهة التفريق نحو العبادات فكذلك لا يظهر فى حقهم حكم كراهة التفريق

في البيع والله أعلم

باب بيوع ذوي الارحام

قال ليس ينبغي للرجل أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع ولا في الهبة ولا في الصدقة ولا في الوصية اذا كان صغيرا لماروي أن زيد بن حارثة رضي الله عنه قدم بسبايا فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يتصفحهم فرأى جارية والهة فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شأنها فقال زيد رضي الله عنه احتجنا الى نفقة فبعنا ولدها فقال صلى الله عليه وسلم أدرك أدرك لا توله والدة بولدها* وقال النبي صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين الجنة وفي رواية فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة وكذلك كل ذي رحم محرم * والحاصل انه اذا اجتمع في ملكه شخصان بينهما قرابة محرمة للنكاح وهما صغيران او احدهما صغير فليس له ان يفرق بينهما في الاخراج عن ملكه بالبيع عندنا وقال الشافعي في الوالدين والمولودين كذلك وفيما سوى ذلك لا بأس بالتفريق بناء على مذهبه في عتق احدهما على الآخر عند دخوله في ملكه . وحجتنا في ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهب لعلي كرم الله وجهه اخوين صغيرين ثم لقيه بعد ذلك فقال مافعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك. والمعنى فيه ان الصغير يستأنس بالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه ففي التفريق بينهما ايحاشهما وترك الترحم عليهما وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والكافر والمسلم في ذلك سواء لاستوائهما في الشفقة التي تنبني على القرابة ثم تمتد هذه الكراهة الى البلوغ عندنا وقال الشافعي الى أن يستغني الصغير عن الكبير في التربية .واعتمادنا في ذلك ما ذكره الدارقطني في مسنده بالاسناد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام وتحض الجارية وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا راهق الصغير ورضيا أن يفرق بينهما فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما من اهل النظر لنفسه وربما يريان مصلحة في ذلك فلا بأس بالتفريق عند ذلك برضاهما فأما بعد البلوغ فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس بعضهم ببعض بل يستوحش بعضهم من بعض اذا اجتمعوا في ملك رجل واحد حتى يؤدي الى قطيعة الرحم ولهذا حرم

الجمع بين الاختين نكاحا ولو كان مملوك لرجل وولده الصغير مملوك لابن الرجل وهو صغير في حجره كان له ان يفرق بينهما بالبيع لانهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد والاب في التصرف فى ملك ولده قائم مقام الولد لو كان بالغا وكذلك ان كان كل واحد منهما لولد من أولاده *ولو اشتراهما جميعا لنفسه فوجد باحدهما عيبا كان له ان يرده ويمسك الباقى وعن ابي يوسف قال يردهما او يمسكهما لان في معنى كراهة التفريق بينهما أنها كشخص واحد وقاس بمالو اشترى مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا كان له أن يردهما أو يمسكهما . وجه ظاهر الرواية ان المثبت لحق الرد له هو العيب وهو مقصور على المعيب حقيقة وحكما ولا يتمكن من رد الآخر بعد تمام الصفقة ثم هذا تفريق بحق مستحق فى احدهما فيجوز كالدفع بالجناية والبيع بالدين ولو كان له من كل واحد منهما شقص لم أكره له ان يبيع شقصه من أحدهما دون الآخر لانهما ما اجتمعا في ملكه وكراهة التفريق بناء على اجتماعهما فى ملكه *ولو كانا مملوكين له فباع أحدهما دون الآخر كان مسيئا والبيع جائز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف أستحسن ابطال البيع في الوالدين والمولودين ولا أبطله فى الأخوين وهو قول الشافعى * وروي الحسن عن أبي يوسف رحمهما الله ان البيع فى جميع ذلك باطل لما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي رضي الله عنه أدرك أدرك وقال صلى الله عليه وسلم ذلك لزيد بن حارثة رضي الله عنه وانما يتمكن من الادراك بالاسترداد لفساد البيع ففى احدى الروايتين فيهما جميعا قال البيع فاسد * وفى الرواية الاخرى فرق لقوة الولادة وضعف القرابة المتجردة عن الولادة*وحمل قوله صلى الله عليه وسلم لعلي بن أبى طالب رضي الله عنه أدرك أدرك على طلب الاقالة أو بيع الاخر ممن باع منه أحدهما وهو تأويل الحديثين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس لهما فان النهى عن بيع احدهما لمعنى فى غير البيع غير متصل بالبيع وهو الوحشة وذلك ليس من البيع فى شئ والنهى متى كان لمعنى فى غير المنهى عنه لا يفسد البيع كالنهى عن البيع وقت النداء * قال ولا بأس بأن يكاتب أحدهما دون الآخر لان عقد الكتابة مآله العتق فهو كالاعتاق ولا بأس بأن يعتق احدهما فكذلك يكاتبه لانه لا تفريق بينهما فى هذا التصرف بل يزداد الاستئناس ويمكن الكبير من القيام بحوائج الصغير اذا كوتب او اعتق وربما يتمكن من شرائه بعد ذلك فيعتق عليه

وكذلك لا بأس بأن يبيع احدهما نسمة للعتق ويمسك الآخر وعن محمد انه يكره له ذلك وهذا لان بيع نسمة ليس ببيع بشرط العتق فان البيع بهذا الشرط لا يجوز ولكنه ميعاد بينهما فربما يفي به المشترى وربما لا يفي فيبقى التفريق بينهما متحققا في الحال * وجه ظاهر الرواية ان الظاهر من حال من يشتري النسمة للعتق الوفاء بما يعد وانما ينبنى الحكم على الظاهر مالم يتبين خلافه فبيع أحدهما نسمة كبيعه من قريبه ليعتق عليه وذلك غير مكروه * قال واذا اجتمع فى ملكه أختان فدبر احداهما أو استولدها والاخرى صغيرة لم أكره له بيع الصغيرة وكذلك ان كاتب احداهما لان كراهة التفريق عند تمكنه من بيعها فان عند ذلك يكون التفريق محالا على اختياره وهنا هو غير متمكن من بيع احداهما فيجوز له بيع الاخرى . وعن أبي يوسف ان في التدبير والاستيلاد ليس له أن يبيع الاخرى لان ملكه فى المدبرة وأم الولد مطلق فيتحقق اجتماعهما فى ملكه فيكره التفريق وفى الكتابة لا يكره لان ملكه في المكاتب ثابت من وجه دون وجه فلم يجتمعا فى ملك مطلق له فلا بأس بأن يبيع احداهما * قال واذا كان أحد المملوكين له والآخر لزوجته أو لمكاتبه فلا بأس بالتفريق بينهما لانهما ما اجتمعا فى ملك رجل واحد ولانه غير متمكن من بيعهما من واحد اذ ليس له حق التصرف فى كسب مكاتبه وملك زوجته وكذلك ان كانت احداهما لعبد له تاجر وعليه دين لانه غير متمكن من بيعها فان تصرفه فى كسب العبد المديون لاينفذ * وعن أبي حنيفة هو لا يملك كسبه فلم يجتمعا فى ملكه وان لم يكن على العبد دين فليس له أن يفرق بينهما لانهما اجتمعا فى ملكه وهو متمكن من بيعهما * وان كانت احداهما لمضاربه فلا بأس بأن يبيع المضارب ما عنده منهما لان المضارب غير مالك لهما ولا هو متمكن من بيعهما فله ان يبيع ما كان عنده منهما * قال واذا كان للرجل أمة فباعها على ان له الخيار ثلاثة أيام ثم اشترى ابنها كرهت له ان يوجب البيع في الامة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فقد اجتمعا فى ملكه وهو متمكن من أن لا يفرق بينهما بان يفسخ البيع فيها ثم يبيعهما معا فاذا أوجب البيع فى الامة كان مفرقا بينهما باختياره وذلك مكروه وكذلك ان سكت حتى مضت المدة لان سكوته عن الفسخ الى مضى المدة كاختياره امضاء البيع * وان كان الخيار للمشترى فلا بأس بأن يستوجبها لان الامة خرجت من ملك البائع مع خيار المشترى فلم يجتمعا فى

ملك رجل واحد *ولو كان عنده ابن لها فاختار ردها لم يكن بذلك بأس * أما عند
أبي حنيفة فلانهما لم يجتمعا فى ملكه فان خيار المشترى يمنع وقوع الملك له وعندهما لان
هذا التفريق لحق له فى احداهما فكان بمنزلة الرد بخيار العيب * قال ويكره للمكاتب
والعبد التاجر من التفريق ما يكره للحر لانهما مخاطبان * وفى التمكن من بيعهمامعا بمنزلة
الحرين وكراهة التفريق لحق الشرع فيستوى فيه المملوك والحر ولا يكره التفريق من
ذي محرم من غير النسب كالرضاع والمصاهرة لحديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما
أن رجلا سأله فقال أبيع جارية لى قد أرضعت ولدى فقال قل من يشترى أم ولدى
وهذا لان الرضاع والمصاهرة بمنزلة النسب فى حرمة النكاح خاصة * وأما الاحكام
المتعلقة بالقرابة سوى الحرمة لا يثبت شئ منها بالرضاع والمصاهرة * قال ولا بأس بالتفريق
بين المملوكين الزوجين لانه لا قرابة بينهما وعلى ذلك تنبنى كراهية التفريق * قال واذا
اجتمع أخوان في ملك رجل لا ينبغى له ان يبيع أحدهما من ابن صغير له فى عياله لان
هذا تفريق بينهما فى البيع والملك ولو جاز هذا لجاز الذى باعه من ابنه الصغير بعد ذلك
فيتحقق التفريق بهذا الطريق فاذا دخل الحربى دار الاسلام بغلامين أخوين صغيرين
بامان فاراد أن يبيع احدهما فلا بأس بشرائه منه * وان كان فيه تفريق لانى ان لم أشتره
منه لاعاده الى دار الحرب ويتمكن من ذلك فشراؤه منه أقرب الى النظر من مراعاة
التفريق ولو كان قد اشتراهما في دار الاسلام كرهت للمسلم ان يشتري منه أحدهما
لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن ان يدخل بهما فى دار الحرب لانه اشتراهما من أهل
الاسلام أو من أهل الذمة وهو ان لم يكن مخاطبا بحرمة التفريق فالمسلم المشتري مخاطب
بالتحرز عن اكتساب سبب التفريق الا أن يكون اشتراهما في دار الاسلام من حربى
مستأمن فلا بأس حينئذ بشراء أحدهما منه لانه غير مجبر على بيعهما بل هو ممكن من أن
يدخلهما دار الحرب كما كان البائع متمكنا من ذلك ولم يذكر فى الكتاب ما اذا اجتمع فى
ملكه مع الصغير كبيران * والجواب في ذلك ان الكبيرين اذا استويا في القرابة من
الصغير وكان ذلك من جهة واحدة كالاخوين والخالين والعمين فلا بأس بان يبيع أحد
الكبيرين استحسانا * وفى القياس يكره ذلك وهو رواية عن أبي يوسف لان الصغير
يستأنس بكل واحد منهما وكل واحد منهما فى حقه كالمنفرد به * وفى الاستحسان قال هذا

يمنع لحق الصغير وحقه مراعى اذا ترك معه أحد الكبيرين فانه يستأنس به ويقوم الكبير بحوائجه فلا بأس ببيع الآخر وان كانت قرابتهما اليه من جهتين كالأب والأم فليس له ان يفرق بينهما وبينه ولا يبيع واحدا منهما لان كل واحد منهما له نوع شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما نوع استئناس لا يحصل ذلك بالآخر فان كان أحدهما أبعد والآخر أقرب اليه في القرابة كالأم مع الجد فى ظاهر الرواية لا بأس ببيع الا بعد ويمسك الاقرب مع الصغير لان مقصود الصغير يحصل اذا أمسك الاقرب معه وشفقة الاقرب عليه أظهر والقرابة البعيدة عند المقابلة بالقريبة تكون البعيدة كالمعدومة * وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله انه يكره له ان يبيع واحدا منهما لانه يستأنس بكل واحد منهما نوع استئناس كما اذا استويا فى الدرجة

باب بيع الامة الحامل

قال رضى الله عنه اعلم أنه اورد هذا الباب فى كتاب الدعوى وقد بينا شرح مسائله هناك وهو بكتاب الدعوى أشبه وقد بينا بعض المسائل فيما تقدم هنا أيضا فمازاد على ماتقدم بيانه ان الجارية المبيعة اذا ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعاهما البائع فانه يرد البيع لانا تيقنا حصول العلوق بالتى ولدت لاقل من ستة أشهر فى ملكه وهما توام فمن ضرورة التيقن بعلوق أحدهما فى ملكه التيقن بعلوق الآخر فهو كما لو ولدتهما لاقل من ستة أشهر وقد بينا ان بعد موت الولد لا تصح دعوى البائع وان كان الولد خلف ولدا بخلاف ولد الملاعنة فانه اذا مات عن ولد ثم اكذب الملاعن نفسه فانه يثبت النسب منه وهذا لان نسب ولد الملاعنة كان ثابتا من الزوج بالفراش وبقى بعد اللعان موقوفا على حقه حتى لا تنفذ دعوة الغير فيه فيظهر ذلك بالا كذاب اذا كان مقيدا وتقام حاجة ولده الى ذلك مقام حاجته فاما نسب ولد الجارية المبيعة فلم يكن ثابتا منه قبل الدعوى وانما تصح دعواه لحاجة الولد الى النسب وقد استغنى عن ذلك بالموت فلا يمكن اقامة ولده مقامه فى اثبات نسبه ابتداء فلهذا لا تصح دعواه وان كان فى يده صبي لا ينطق فزعم انه عبده ثم اعتقه ثم زعم انه ابنه فهو غير مصدق فى ذلك في القياس لانه مناقض في كلامه ويصدق في الاستحسان ويثبت نسبه منه لان الانسان قد يشتبه عليه هذا

فى الابتداء ثم يتبين له فى الانتهاء فيريد ان يتدارك وقد بينا ان لخفاء امر العلوق يعذر فى التناقض فيـه ثم لا منافاة بين الولاء الثابت له عليه وبين النسب الا ترى انه يشتري ابنه فيعتق عليه ويجتمع له ولاؤه ونسبه ولو كان عبدا كبيرا اعتقه ثم ادعاه ومثله يولد لمثـله لم تجز دعوته الا ان يصدقه لانه بالعتق صار فى يد نفسه فالتحق بسائر الاحرار فالدعوى من المولى بعد ذلك ومن غيره سواء لاتنفذ الا بتصديقه بخلاف الصغير الذى لايعبر عن نفسه لانه فى يد مولاه اذ هو ليس بمحل أن يعبر عن نفسه * قال فى الـكتاب أستحسن فى الصغـير كما أستحسن فى المدبر يكون بين اثنين اذا جا آى بولد فادعاه أحدهما وقد تقدم بيان هذه المسئلة فى كتاب العتاق * قال واذا ولدت الأمة ولدين فى بطن واحـد فباع المولى الأم مع أحدهما ثم ادعى المشترى الذى اشترى فان نسبه يثبت منه لانه ادعى مملوكه في حال حاجته الى النسب ثم يثبت منه نسب الذي عند البائع لانه توأم ومن ضرورة ثبوت نسب احدهما منه ثبوت نسب الآخر وهو عنـد البائع على حاله لان العلوق لم يكن في ملك المشترى فدعواه دعوى التحرير والتوأم ينفصل احدهما عن الآخر فى التحرير كما لو اعتق أحدهما وان كان البائع ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه وانتقض البيع فى الآخر وان كان اعتقه المشترى لان أصل العلوق كان فى ملك البائع فدعواه توجب حرية الاصـل الذى بقي عنده والتوأمان خلقا من ماء واحد ولا يفصل احدهما عن الآخر في حرية الاصل وقد بينا أنه يجوز نقض عتق المشترى لضرورة اثبات حرية الاصل له * قال واذا باع أمة حامـلا فخاف المشترى ان يدعى البائع حملها واراد ان يتحرز عن ذلك فانه يشهد عليه أن هذا الحمل من عبدله كان زوجا لها وليس هذا بتعليم للكذب ولا أمر به فانه لارخصة في الكذب ولـكنه بيان لحكم ان البائع ان أقر بذلك كيف يكون الحكم فيه وقد بينا بقية هذه المسئلة في كتاب الاعتاق أن المقر له ان صدقه أولم يظهر منه تصديق ولا تكذيب فليس للبائع أن يدعيه لنفسه وان كذبه فكذلك عند ابى حنيفة لان لاقراره حكمين اخراج نفسه عن نسب هـذا الولد واثبات من المقـر له فانما يبطل بتكذيب المقر له ما كان من حقه فاما ماهو من خالص حق المقر فان اقراره فيه لايبطل بتكذيب المقر له خصوصا فيما لا يحتمل الابطال وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله الاقرار بتكذيب المقر له يبطل من أصله فله ان يدعيه لنفسه بعـد ذلك وقاسا النسب بالولاء فان من اشترى جارية ثم زعم ان البائع كان

اعتقها فكذبه البائع كان له ان يدعي ولاءها لنفسه بعد ذلك الا ان أبا حنيفة يفرق بينهما فيقول الولاء قابل للتحول من شخص الى شخص الا ترى أن ولاء الولد يثبت لمولى الام اذا كان الاب عبدا فاذا عتق الاب تحول ولاؤه اليه والنسب لايحتمل التحول من شخص الى شخص فمنذ ماأخرج نفسه من نسب هذا الولد لا يصح دعواه لنفسه * قال أمة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من صاحبه ثم ولدت لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع صحت دعواه وبطل البيع فيكون هذا كحكم الجارية المشتركة استولدها احدهما ولو ادعياه معا ثبت نسبه منهما وبطل البيع لان العلوق حصل في ملكيهما جميعا ولو دعاه البائع وأعتقه المشترى فدعوى البائع تستند الى وقت العلوق ويثبت به حرية الاصل للولد فيكون عتق المشترى فيه باطلا ولو باع أحدهما نصيبه من رجل وهي حامل فادعى المشترى الحبل وادعاه البائع والذى لم يبع فان ولدت لأ قل من ستة أشهر فالبيع باطل ويثبت نسبه من البائع ومن شريكه لان دعواهما تستند الى وقت العلوق فالعلوق حصل فى ملكهما ويأخذ المشتري مانقد من الثمن ويرد على الذى لم يبع نصف العقد لاقراره بالوطء * قال الحاكم أبو الفضل قوله ويرد على الذى لم يبع نصف العقد ليس بسديد والصواب أن يرد جميع العقد على الشريكين جميعا وهكذا فى رواية أبى سليمان لان اقراره بوطئها لابد أن يكون سابقا على الشراء وقد حصل ذلك في ضمن دعوى النسب فيكون عليه جميع العقد للشريكين * وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر ثبت نسبه من المشترى ومن الذى لم يبع لانا لم نتيقن بحصول العلوق قبل البيع فلا يصح دعوى البائع ولكن على البائع نصف العقد للذى لم يبع لانه أقر بوطئها وذلك يلزمه نصف العقد للذى لم يبع سواء كان وطؤه اياها قبل البيع أو بعد البيع بشبهة وليس للبائع على المشترى عقد لانه ما أقر بوطئها قبل شرائه وانما زعم أنه وطئها بعد شرائه في ضمن دعوى النسب فلهذا لا يغرم له شيئا من العقد والله أعلم

باب الاستبراء

قال رضى الله عنه الاصل فى وجوب الاستبراء قول النبى صلى الله عليه وسلم فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى من الفيء حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا خطاب للموالى فيفيد وجوب الاستبراء على المولى فانه اذا قيل لا تضرب فلانا يكون

ذلك نهيا للضارب عن الضرب لا خطابا للمضروب والمعنى في المسبية حدوث ملك الحل فيها لمن وقعت فى سهمه بسبب ملك الرقبة فبهذه العلة يتعدى الحكم من المنصوص عليه الى غير المنصوص عليه وهى المشتراة أو الموهوبة . ووجوب الاستبراء فى المشتراة مروى عن علي وابن عمر رضى الله عنهما . والحكمة فى ذلك تعرف براءة الرحم وصيانة ماء نفسه عن الخلط بماء غيره والتحرز عن أن يصير ماؤه ساقيا زرع غيره ولكن الحكم يثبت بثبوت علته ولهذا قلنا اذا اشتراها من امرأة أو صبي باعها أبوه أو اشتراها وهى بكر أو اشتراها من مملوك لزمه الاستبراء لوجود العلة الموجبة وهى حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة وعن أبي يوسف قال اذا تيقن فراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه فيها استبراء واجب لان الاستبراء كاسمه تبين فراغ الرحم وقاس بالمطلقة قبل الدخول أنه لا يلزمها العدة لان المقصود من العدة فى حال الدخول تبين فراغ الرحم ولكنا نقول هذه حكمة الاستبراء والحكم متعلق بالعلة لا بالحكمة ثم اشتغال رحمها بالماء عند الشراء لا يمكن معرفته حقيقة فيتعلق الحكم شرعا بالعيب الظاهر وهو حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فدار الحكم معه وجودا وعدما للتيسير على الناس وكذلك لا يقبلها ولا يباشرها ولا ينظر منها الى عورة حتى يستبرئها لان من الجائز أنها حملت من البائع وان البيع فيها باطل وهذه التصرفات لا تحل الا فى الملك كالوطء ولأن الوطء حرام في مدة الاستبراء وهذا من دواعي الوطء فيحرم بحرمة الوطء كما اذا ظاهر من امرأته المحرم عليه وطؤها حرم عليه دواعيه بخلاف الحيض فان المحرم بسبب الحيض استعمال الاذى كما وقعت اليه الاشارة بالنص ولا يوجد ذلك في التقبيل والمس ثم الدواعى هناك لا توقعه فى ارتكاب الحرام لنفرة فى طبعه عنها بسبب الاذى والدواعى هنا موقعة فى ارتكاب الحرام وهو الوطء لانه راغب فيها غاية الرغبة مالم يحصل مقصوده منها فان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فاستبراؤها بشهر لان الشهر قائم مقام الحيض والطهر شرعا فكل شهر يشتمل على حيض وطهر عادة ألا ترى أن الله تعالى أقام ثلاثة أشهر فى حق الآيسة والصغيرة مقام ثلاثة قروء فى العدة ومدة الاستبراء ثلث مدة العدة فيتقدر بشهر وان كانت حاملا فاستبراؤها بوضع الحمل للنص كما روينا ولان مدة الحمل لا تحتمل التحرى لتعذر الاستبراء ببعضها فاذا وجب اعتبار جزء منها وجب اعتبار الكل والمقصود تبين فراغ الرحم ولا يحصل شيء من هذا المقصود قبل الوضع بل يزداد معنى الاشتغال بمضي

بعض المدة فلهذا قدرنا الاستبراء فى حقها بوضع الحمل واذا ارتفع حيضها وهى ممن تحيض
تركها حتى اذا استبان له أنها ليست بحامل وقع عليها لأن المقصود تبين فراغ الرحم من
ماء البائع ليتيقن بصحة البيع ووقوع الملك للمشترى فيها وقدحصل ذلك اذا مضى من المدة
ما لو كانت حبلى لظهر ذلك بها وليس فى ذلك تقدير بشىء فيما يروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف
رحمهما الله الا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو بثلاثة أشهر وكان محمد رحمه
الله يقول أولا يستبرئها باربعة أشهر وعشرا اعتبارا بأكثر العدة وهى عدة الوفاة فى حق
الحرة ثم رجع وقال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام لان أطول مدة العدة فى حق الامة
هذا فاذا كان بأقوى السببين وهو النكاح لا يجب على الأمة الاعتداد الا بهذه المدة ففى
أضعف السببين وهو الملك أولى ان لايجب في استبرائها زيادة على هذه المدة .وقال زفر
يستبرئها بحولين اكثر مدة الحمل وكان أبو مطيع البلخي يقول يستبرئها بتسعة أشهر لانها مدة
الحبل في النساء عادة قال والاول أصح لان نصب المقادير بالرأى لايكون وليس في ذلك
نص ولو ملكها بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث أو جناية وجبت عليه أو جعل كتابة أو
خلع فعليه الاستبراء فيها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة * وكذلك لو كان له في جارية
شقص فملك الباقى منها بوجه من الوجوه لان حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة يكون
بعد ملكه جميع رقبتها فعند ذلك يلزمه الاستبراء وهذا لان ملك بعض الرقبة بمنزلة بعض
العلة وثبوت الحكم عند كمال العلة وأما ببعض العلة فلايثبت شيء من الحكم قال واذا
اشتراها وهى حائض لم يحتسب بتلك الحيضة عليه وأن يستبرئها بحيضة أخرى وعن أبى يوسف
انها كما طهرت من هذه الحيضة فله أن يطأها لتبين فراغ رحمها بناء على أصله ولكنا نقول
الشرع ألزمه الاستبراء بحيضة والحيضة لاتتجزأ وقد تعذر الاحتساب من الاستبراء بما
مضي منها قبل الشراء فلا يحتسب بجميعها منه كما لو طلق امرأته فى حالة الحيض لايحتسب
بهذه الحيضة من العدة ولانه كان يحتسب بما بقي من الحيضة بعد الشراء من الاستبراء فعليه
اكمالها من حيضة أخرى فاذا وجب جزء من الحيضة الثانية وجبت كلها وكذلك ان كانت
حاضت حيضة مستقبلة بعد الشراء قبل القبض لم يحتسب بتلك الحيضة من الاستبراء الا
على رواية ابى يوسف رحمه الله فانه يقول تبين فراغ الرحم يحصل بالحيضة التى توجد فى يد
البائع كما يحصل بالحيضة التى توجد فى يد المشترى ولكنا نقول ملك الوطء بسبب ملك الرقبة

انما يستفيده المشترى بالقبض لان الوطء تصرف وملك التصرف يحصل للمشترى بالقبض فالحيضة التى توجد قبل هذا لايحتسب بها ولكن الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد والموجود قبله بمنزلة الزوائد الحادثة والتخمر فى العصير وكذلك ان وضعت على يدى عدل حتى ينقد الثمن فحاضت عنده لان يد العدل فيها كيد البائع ألا ترى أنها لو هلكت انفسخ البيع وهلكت من مال البائع * قال واذا باع جارية ولم يسلمها حتى تاركه المشترى البيع فيها ففى القياس على البائع أن يستبرئها بحيضة .وذكر أبو يوسف فى الامالى أن أبا حنيفة كان يقول أولا بالقياس ثم رجع الى الاستحسان فقال ليس عليه ان يستبرئها وهو قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله .وجه القياس أنها بالبيع خرجت عن ملكه ثم عادت اليه بالاقالة فقد حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة وهى العلة الموجبة للاستبراء ووجه الاستحسان انها فى ضمان ملكه مابقيت يده عليها بدليل انها لو هلكت هلكت على ملكه فيجعل بقاؤه فيها كبقاء الملك فاما اذا سلمها الى المشترى ثم تقايلا فعلى البائع أن يستبرئها فى ظاهر الرواية لانها خرجت من ملكه ويده وثبت ملك الحل فيها لغيره وهو المشترى فاذا عادت اليه لزمه استبراء جديد كما لو استبرأها ابتداء بخلاف ماقبل التسليم وعن ابى يوسف قال اذا لم يكن البائع فارق المشترى حتى تقايلا فليس عليه فيها استبراء لانه تيقن بفراغ رحمها من ماء غيره * قال واذا اشترى جارية لاتحيض فاستبرأها بعشرين يوما ثم حاضت بطل الاستبراء بالايام لان الشهر بدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل غير ممكن ولكن القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت واذا حاضت عند المشترى حيضة ثم وجد بها عيبا فردها لم يقربها البائع حتى تحيض عنده حيضة لانها عادت اليه بعد ماحدث ملك الحل فيها لغيره بسبب ملك الرقبة فعليه أن يستبرئها سواء كان عودها اليه بسبب هو فسخ أو بمنزلة عقد جديد .وكذلك لو باع شقصا منها ثم استقاله البيع فيها او اشتراها لان بيع البعض كبيع الكل فى زوال ملك الحل فى حق البائع وفى الوجهين تجدد الحل بعد زوال ملكه ويده فلزمه استبراء جديد * قال واذا رجعت الآبقة اوردت المغصوبة أو فكت المرهونة أو ردت عليه المؤجرة للخدمة قبل انقضاء المدة فليس عليه أن يستبرئها لان ملك الحل مازال عنه بما عرض من الاسباب فان سببه ملك الرقبة ولم يختل ملك الرقبة بهذه الاسباب فبارتفاعها لايتجدد ملك الحل له وكذلك لو كاتب أمته

ثم عجزت فليس عليه ان يستبرئها عندنا وقال الشافعي عليه ان يستبرئها لانها بالكتابة صارت كالخارجة عن ملكه حتى يغرم بوطئها العقد لها ويغرم الارش لها لو جنى عليها يوضحه انها صارت بمنزلة الحرة يدا فتكون مملوكة له من وجه دون وجه فهو كما لو باع نصفها ثم اشترى الباقي والدليل عليه انه لو زوجها من انسان ثم فارقها الزوج وجب عليه أن يستبرئها لان ملك المنفعة زال عنه بالتزويج فكذلك بالكتابة *وجه قولنا أنها بعد الكتابة باقية على ملكه فقد قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد يكون مملوكا لمولاه فكيف يقال زال ملكه وانما كاتبه ليعتق على ملكه الا ان بعقد الكتابة يثبت لها ملك اليد في منافعها ومكاسبها وملك الحل لا ينبني على ذلك وانما ينبني على ملك الرقبة وبسبب الكتابة لا يختل ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء وانما يغرم الارش والعقد لان ذلك بمنزلة الكسب وقد جعلها أحق بكسبها فاذا عجزت فانما تقرر له الملك الذى كان باقيا فلم يحدث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء فاما الزوجة اذا فارقها زوجها فان كانت الفرقة بسبب يوجب عليها العدة فالعدة اقوى من الاستبراء وهو حق النكاح لا حق ملك اليمين وان طلقها الزوج قبل الدخول ففيه روايتان اشار اليهما في هذا الكتاب في احدى الروايتين يلزمه الاستبراء لانها حلت لغيره فاذا حلت له كان ذلك حلا متجددا وفي الكتابة ما حلت لغيره حتى يجعل ذلك حلا متجددا له وفي الرواية الاخرى ليس له أن يستبرئها وهو الاصح لانه لو لزمه الاستبراء لكان ذلك بسبب ملك النكاح الثابت للزوج والوظيفة في النكاح العدة دون الاستبراء فاذا لم يجب عند الطلاق قبل الدخول ماهو وظيفة النكاح فلان لا يجب أولى الا ترى ان المطلقة قبل الدخول اذا كانت حرة كان لها أن تتزوج عقيب الطلاق ويطؤها زوجها بالنكاح فكذلك للمولى أن يطأ أمته بعد الطلاق بالملك ولو وهبها لولد له صغير ذكر أو أنثى ثم اشتراها لنفسه منه كان عليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب تجدد ملك الرقبة ولو باعها على أنه بالخيار ثم نقض البيع لم يكن عليه ان يستبرئها لانه لم يحدث ملك الحل له لانها باقية على ملكه والحل الذى كان له باق في مدة خياره فبفسخ البيع لم يتجدد له ملك الحل فان كان الخيار للمشترى فردها بعد القبض فليس على البائع ان يستبرئها في قول أبي حنيفه لان المشترى لم يملكها مع بقاء خياره عنده وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله عليه ان يستبرئها لان المشترى قد ملكها ثم ردها بخيار الشرط كردها بخيار

العيب والرؤية بعد القبض واذا قبضها المشترى على شراء فاسد ثم ردها القاضى على البائع بفساد البيع فعليه ان يستبرئها لان المشترى ملك رقبتها بالقبض فيحدث الحل للبائع بما عاد اليه من الملك *قال واذا غصب جارية فباعها من رجل وقبضها المشترى فوطئها ثم خاصم مولاها الاول فقضى القاضى له بها فعليه ان يستبرئها بحيضة استحسانا وفى القياس لا يلزمه الاستبراء لان المشتري من الغاصب غاصب كالأول وقد بينا أن المغصوب منه اذا استرد المغصوبة فليس عليه فيها استبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها لانها حلت المشترى حين اشتراها ومعنى هذا الكلام ان المشترى ما كان يعلم ان البائع غاصب وانما قدم على شرائها باعتبار ان البائع مالك فيثبت له الحل من حيث الظاهر وان لم يثبت له الحل فيها باطنا فلثبوت الحل له ظاهرا قلنا اذا وطئها ثم استردها البائع كان عليه ان يستبرئها ولعدم ثبوت الحل فيها باطنا قلنا اذا لم يطأها فليس على البائع استبراء وهذا لان الوطء بشبهة النكاح فى حكم العدة بمنزلة الوطء بحقيقة النكاح فكذلك الوطء بشبهة ملك اليمين بمنزلة الوطء بحقيقة الملك فى حق وجوب الاستبراء على المالك وان كان المشترى يعلم ان البائع غاصب فليس على المولى ان يستبرئها اذا استردها لان الحل للمشترى لم يثبت فيها ظاهرا ولا باطنا ألا ترى انه لا يثبت نسب الولد منه هنا وان ادعى ذلك بعد ماوطئها وفى الاول يثبت نسب الولد منه وسقوط الحد عنه باعتبار صورة العقد الموقوف لا لثبوت الحل له فيها فلا يجب على المالك لاجل ذلك استبراء كما لولم يطأها المشترى *قال واذا زوج الرجل أمته وطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى ان يقربها بعد مايستبرئها بحيضة هذا فى احدى الروايتين في هذه المسئلة وقد بينا وجه الروايتين . وان كانت تزوجت بغير اذنه ففرق بينهما قبل الدخول لم يكن عليه أن يستبرئها لانها ماحلت لغيره والامة لا تملك أن تزوج نفسها بغير اذن مولاها وان فرق بينهما بعد الدخول لم يكن له أن يقربها حتى تنقضي عدتها لانه دخل بها بنكاح فاسد فيجب عليها العدة بسببه والعدة أقوى من الاستبراء *قال واذا وطئ جارية ولده ولم تعلق منه ثم اشتراها فعليه أن يستبرئها لان ملك الحل له فيها حدث بالشراء ووطؤه اياها قبل الشراء كان حراما وارتكاب المحرم لا يمنع وجوب الاستبراء اذا تقرر سببه وكذلك ان اشترى جارية من أبيه أو أمة مكاتبة فعليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة *قال وان اشتراها من عبد تاجر له فلا استبراء عليه ان

كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولا دين عليه لأن المولى ملك رقبتها من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكفيه ذلك عن الاستبراء كما لو اشتراها له وكيله فحاضت في يد الوكيل حيضة وان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه ولهذا لو أعتقها جاز عتقه فأما عند أبي حنيفة فالقياس كذلك لأن العبد ليس أهلا أن يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للغرماء أيضا بسبب دينهم والمولى أحق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فاذا حاضت بعد ماصار المولى أحق بها يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها بعد مايشتريها من العبد لأن قبل الشراء كان لا يملك رقبتها عنده حتى اذا أعتقها لم ينفذ عتقه فانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرئها * قال وان وهب جاريته لرجل وسلمها ثم رجع في الهبة فعليه أن يستبرئها لأنها حلت للموهوب له فتجدد للواهب ملك الحل فيها بالرجوع بعد ماحلت لغيره وكذلك اذا أصاب المأسورة قبل القسمة أو بعدها لأن العدو وقد كانوا ملكوها بالاحراز . ألا ترى أنهم لو أسلموا عليها كانت لهم فتجدد له فيها ملك الحل حين استردها وان ابقت الى دار الحرب فأخذوها فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنهم ملكوها وعند أبي حنيفة رحمه الله الآبق اذا دخل دار الحرب لا يملك بالأخذ فاذا ردت على المولى بغير شئ فهي باقية على ملكه كما كانت فلا يلزمه أن يستبرئها * قال واذا باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشتري ثم ردها عليه فليس عليه أن يستبرئها لأن المشتري لم يملكها فان حق الحرية الثابتة فيها كحقيقة الحرية في المنع من تملكها بالشراء .ألا ترى انها لو كانت امرأته لم يفسد نكاحها ولو أعتقها لم يجز عتقه فيها ولو ولدت عند المشتري لم يثبت نسب الولد من المشتري وان ادعاه فاذا لم يثبت فيها ملك الحل لغيره لا يلزمه استبراء جديد * قال واذا أراد الرجل أن يبيع أمته وقد كان يطؤها فليس ينبغي له أن يبيعها حتى يستبرئها بحيضة هكذا روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وهذا الاستبراء في حق البائع مستحب عندنا وقال مالك واجب لأنه يخرجها عن ملكه بعد وجوب السبب الشاغل لرحمها بمائه وهو الوطء فهو نظير ما لو طلق امرأته بعد الدخول فهناك العدة واجبة لا مستحبة فكذلك الاستبراء هنا

وان كان عند الشراء يجب عليه الاستبراء لتوهم سبب اشتغال الرحم فلان يجب عند البيع وقد تقرر بسبب اشتغال رحمها أولى ولكنا نقول الاستبراء فى ملك اليمين نظير العدة فى النكاح ثم وجوب العدة يختص بأحد الطرفين فكذلك وجوب الاستبراء عند حدوث الملك فلو أوجبنا عليه الاستبراء عند ازالة الملك لأوجبنا عليه الاستبراء فى الطرفين جميعا يوضحه ان الاستبراء على المولى لصيانة ماء نفسه من أن يسقى به زرع غيره وانما يتحقق هذا عند الشراء فاما عند البيع فلا يتحقق هذا فى حق البائع ومعنى صيانة مائه يحصل بايجاب الاستبراء على المشترى الا أنه لا يأمن أن لا يستبرئها المشترى فيستحب له أن يستبرئها احتياطاً واذا فعل ذلك ثم باعها فليس للمشترى أن يجتزئ بذلك الا فى رواية شاذة عن أبى يوسف بناء على أصله فى أن تبين فراغ رحمها يحصل به ولكنا نقول حدث ملك الحل فيها للمشتري بالشراء فعليه أن يستبرئها ولو أراد البائع أن يزوجها لم يكن له أن يزوجها حتى يستبرئها ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا فرق بين البيع والتزويج بل فى الموضعين جميعا يستحب للمولى أن يستبرئها من غير أن يكون واجباً عليه ألا ترى أنه لو زوجها قبل أن يستبرئها جاز كما لو باعها قبل أن يستبرئها والا ظهر ان عليه أن يستبرئها ان أراد أن يزوجها بعد ما وطئها صيانة لمائه لأنه لا يجب على الزوج أن يستبرئها ليحصل معنى الصيانة له بخلاف البيع فهناك يجب على المشترى ان يستبرئها فيحصل معنى الصيانة وان زوجها قبل أن يستبرئها جاز لأن وجوب الاستبراء على المولى لا على الامة ولا يمنع صحة تزويجها والأحسن للزوج أن لا يقربها حتى تحيض حيضة وليس ذلك بواجب عليه فى القضاء وفى الجامع الصغير قال للزوج ان يطأها قبل أن يستبرئها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها كى لا يؤدي الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة فى طهر واحد لأن ذلك حرام * قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة فى طهر واحد وجه قولهما ان الاستبراء وظيفة ملك اليمين كما أن العدة وظيفة ملك النكاح فكما لا ينقل وظيفة النكاح الى ملك اليمين فكذلك لا ينقل وظيفة ملك اليمين الى النكاح وكذلك ان أراد أن يزوج أم ولده أو مدبرته فهي فى ذلك كالامة * قال واذا زنت أمة الرجل فليس عليه أن يستبرئها بحيضة لأنه لا حرمة لماء الزنا والشرع ما جعل للزانى الا الحجر وليس فى الزنا استبراء ولا عدة * وقال زفر عليه ان يستبرئها بحيضة صيانة لماء نفسه عن الخلط

بماء غير وفى الجامع الصغير ذكر عن محمد قال أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها
بحيضة فان حبلت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لأنه لو وطئها كان ساقيا ماءه زرع
غيره وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع
غيره * قال أمة بين رجلين باع أحدهما كلها وسلم الآخر البيع بعد ماحاضت عند
المشترى حيضة فعليه أن يستبرئها بعد جواز البيع كله لأن ملك الحل لا يثبت له مالم يملك
جميع رقبتها وذلك بعد اجازة البيع . وكذلك لو باع أمة رجل بغير اذنه فقبضها المشترى
وحاضت عنده حيضة ثم أجاز المولى البيع كان عليه أن يستبرئها لان ملك الحل انما
يثبت له بعد اجازة المالك البيع عندنا وأصل المسئلة أن بيع الفضولى يتوقف على اجازة
المالك عندنا ويجعل اجازته فى الانتهاء كالاذن في الابتداء وعند الشافعي لا يتوقف
بل يلغو بيع مال الغير بغير إذن المالك وكذلك كل ماله مجيز حال وقوعه من العقود
والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على هذا الخلاف. واحتج الشافعي بنهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ومطلق النهى يوجب فساد المنهى عنه والفاسد من
العقود عنده غير مشروع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض
فيكون بيع ما يقبض ولم يملك منهيا عنه أولى والمعنى فيه ان تصرفه صادف محلا لا ولاية
له على ذلك المحل فيلغو كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء فانه لا ينعقد وان أخذه بعد
ذلك وهذا لأن انعقاد العقد يستدعى محلا ويختص بمحل للعاقد عليه ولاية فاذا انعدمت
الولاية على المحل ينزل ذلك منزلة انعدام الأهلية فى المتصرف عند العقد وذلك يوجب
الغاءه كالصبي والمجنون اذا طلق امرأته يلغو ذلك ولا ينعقد وان أجازه بعد البلوغ فكذلك
هذا وهذا بخلاف قول المشتري قبل ايجاب البائع قد اشتريت منك بكذا فان ذلك تصرف
فى ذمة نفسه بالتزام الثمن اذا أوجب البائع البيع وهو محل ولايته .والدليل عليه ان المشترى
اذا باع المبيع قبل القبض ثم قبضه لا ينفذ ذلك البيع وكذلك لو اجازه البائع لانعدام ولاية
العاقد على المحل يدا وكذلك لو باع الآبق ثم رجع من اباقه لم ينفذ ذلك البيع فاذا انعدمت
ولايته ملكا ويدا على المحل أولى وكذلك لو باع مال الغير ثم اشتراه من المالك أو ورثه يبطل
البيع ولا ينفذ فاذا لم يجز أن ينفذ هذا العقد من جهة العاقد باعتبار ملكه فلأن لا ينفذ من جهة
غيره باجازته أولى .وحجتنا في ذلك ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام

دينارا وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشترى له بغير أمره ثم أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه ولا يجوز أن يقال كان هو وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لأن هذا شيء لا يمكن اثباته بغير نقل ولو كان لنقل على سبيل المدح له فالمنقول أمره أن يشترى له أضحية وبهذا لا يصير وكيلا بمطلق التصرف ودفع رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا الى عروة البارقى رضي الله عنه وأمره أن يشترى أضحية فاشترى بالدينار شاتين ثم باع احداهما بدينار وجاء بالاخرى مع الدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فجوز عليه الصلاة والسلام ذلك ودعا له بالخير ولو لم يكن البيع موقوفاً على اجازته لامره بالاسترداد . والمعنى فيه ان هذا تصرف صدر من أهله فى محله فلا يلغو كما لو حصل من المالك وكالوصية بالمال ممن عليه الدين وبأكثر من الثلث ممن لادين عليه وهذا لأن التصرف كلام وهو فعل اللسان فحده ماهو حد سائر الأفعال وتحقيق الفعل بانتقل من فاعل فى محل ينفعل فيه فهذا يكون حد التصرف باللسان واذا صدر من أهله فى محله تحقق به وجوده ثم قد يمتنع نفوذه شرعا لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالاجازة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به وبيان الأهلية فى التصرف أن التصرف كلام والأهلية للكلام حقيقة بالتميز واعتباره شرعا بالخطاب وبيان المحلية أن البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلا بكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعاقد في المحل لاتنعدم المالية والتقوم ألا ترى أنه لو باعه باذن المالك جاز وما ليس بمحل فبالاذن لا يصير محلا ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا أو غير مالك فان قيل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية أحكامها واشتراط الملك فى المحل لاجل الحكم فالتمليك لا يتحقق الامن المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا لغا تصرفه لانعدام حكمه ففى الجواب عن هذا السؤال طريقان أحدهما أن نقول لا نسلم أن الحكم لا يثبت لهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك الموقوف كما يثبت بالسبب البات ملك بات ولهذا لو أعتق المشترى ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لاضرر على المالك فى اثبات ملك موقوف بهذا السبب كما لاضرر عليه في انعقاد السبب وإنما الضرر في زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه

الباب والثانى ان السبب انما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعا فاما اذا تأخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما فى البيع بشرط الخيار وهنا الحكم يتأخر الى اجازة المالك ولا ينعدم أصلا لأن انعدام الحكم فى الحال لرفع الضرر عن المالك وفى تأخير الحكم الى وجود الاجازة توفر المنفعة عليه فانه اذا صار مستندا بالنظر ان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله فيكون فيه محض منفعة له فلهذا انعقد السبب فى الحال على أن يجعل اجازته في الانتهاء كاذنه فى الابتداء بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك فى الماء فهناك لغا العقد لانعدام محله والمحل غير مملوك أصلا ولا يكون قابلا للتمليك وكذلك طلاق الصبي امرأته انما لغا لانعدام الأهلية فى التصرف فان اعتبار عقل الصبي وتميزه لتوفير المنفعة عليه وما يتمحض ضررا ينعدم فيه هذا المعنى ولا يجعل أهلا باعتباره ودليل أن الطلاق يتمحض ضررا أن الولى لا يملك عليه هذا التصرف وإنما لغا لانعدام حكمه أصلا فامرأة الصبي ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها بالايقاع ألا ترى انه لايقع عليها باذن الولى ولا بايقاعه فاما مال الغير فمحل الحكم البيع حتى يثبت فيه حكم البيع عند اذن المالك أو مباشرته بنفسه وهذا بخلاف بيع الآبق والمبيع قبل القبض فان ذلك لا يصير لغوا بل ينعقد فاسدا لانعدام شرط الصحة وهو قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه وبخلاف ما إذا اشترى العاقد ماباعه لأن حكم ذلك السبب لا يمكن اثباته باعتبار الملك الحادث له فحكم السبب ثبوت الملك للمشتري من وقت العقد وإنما يتأتى ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت العقد وقد زال ذلك بازالته فلو نفذ باعتبار الملك الحادث نفذ ، قصورا على الحال وحكم السبب ليس هذا فاما عند الاجازة فيثبت الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وهذا هو تأويل النهى عن بيع ماليس عند الانسان ان المراد اذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يارسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندى فابيعها منه ثم أدخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لاتبع ماليس عندك اذا عرفنا هذا فى بيان مسئلة الاستبراء فالملك النافذ للمشترى لا يكون الا بعد الاجازة والحل ينبى على ذلك ولا يحتسب بالحيضة التى توجد قبل الاجازة من الاستبراء فتلك دون الحيضة الموجودة فى يد البائع بعد تمام البيع فاذا كان لا يحتسب بها من الاستبراء فهذا أولى ولو كان البائع هو المالك لها فسلمها وحاضت

بعد ماقبضها المشترى قبل ان يتفرقا عن مجلس العقد فانه يحتسب بهذه الحيضة من الاستبراء عندنا خلافا للشافعي وهو بناء على خيار المجلس فان عندنا البيع يلزم بنفسه ويتم الملك للمشترى بالقبض وليس لواحد منهما ان ينفرد بالفسخ قبل الافتراق عن المجلس ولا بعده وعند الشافعي خيار المجلس ثابت لكل واحد منهما فما لم يفترقا فكل واحد منهما ينفرد بالفسخ الا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر ويرضي بهصاحبه وله فى وقوع الملك للمشترى قولان . واحتج بحديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ولا يكونا متبايعين إلا بعد الايجاب والقبول وقد نص على اثبات الخيار لكل واحد منهما مالم يتفرقا والمراد التفرق عن المجلس بدليل ما ذكره في رواية أخرى المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار مالم يتفرقا عن مكانهما الذي تبايعا فيه وراوى الحديث ابن عمر رضى الله عنهما وقدفهممنه الافتراق عن المجلس على مايروى انه كان إذا أرادأن يوجب البيع مشي هنية والمعنى فيه أن هذا عقد تمليك المال فلا يلزم بنفسه مالم ينضم اليه مايتأيد به كعقد الهبة فانه لايوجب الملك بنفسه مالم ينضم اليه القبض وتأثيره أن المال مبتذل تكثر المعاملة فيه ويقع العقد عليه بعينه من غير نظر وروية والمقصود بهالاسترباح ولا يحصل هذا المقصود الا بعد نظر وروية فاثبت الشرع الخيار لكل واحدمنهما بهمادامافى المجلس ليتحقق بهماهوالمقصودلكل واحد منهمابخلاف النكاح فانه فىالعادة لا يقع بغتة وانما يكون بعد تقدم الخطبة والمراودة ثم إنما تقدرهذا الخيار بالمجلس لأن حال المجلس جعل كحالة العقد ألا ترى أن فى الصرف والسلم القبض الموجودفىالمجلس كالقبض المقترن بالعقد ثم حالة العقد وهو ما بعد الايجاب قبل القبول يثبت الخيار لكل واحدمنهما فكذلك يثبت مادامافى المجلس إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر فيستدل بهذا اللفظ على تمام النظر والروية فيسقط به الخيار .وحجتنافى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقد شرط امضاءالعقد بينهمافيلزمهماالوفاءبظاهر الحديث وقال عمر رضىالله عنه البيع صفقة أوخيار والصفقةهى النافذةاللازمة فتبين ان البيع نوعان لازم وغير لازمبشرط الخيار فيه فمن قال بأن الخيار يثبت فى كل بيع فقد خالف هذا الحديث والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فمطلقه يوجب اللزوم بنفسه كالنكاح وتأثير هذا الكلام ان العقد يتقوى بصفة المعاوضة وإنما يظهر قوته فى حكمه حتى لا ينفرد

أحدهما برفعه وبه فارق التبرع فهو ضعيف لخلوه عن العوض ولهذا لايثبت الحكم به الا بالقبض ثم لزوم هذه المعاوضة تعتمد تمام الرضا من المتعاقدين وبه يلزم بعد المجلس فكذلك فى المجلس لأنه لا أثر لبقائهما في المجلس فى المنع من تمام الرضا والدليل عليه أنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فانه يلزم العقد مع بقائهما في المجلس لوجود الرضا وايجاب العقد مطلقا أدل على الرضا من هذه الكلمة ثم الشرع مكن كل واحد منهما من دفع الغبن عن نفسه بشرط الخيار فاذا لم يفعل فهو الذى ترك النظر لنفسه ومن لم ينظر لنفسه لاينظر له ثم الفسخ ضد العقد فما هو المقصود بالعقد لايحصل بالفسخ بل هو متعين فى إمضاء العقد فهذا يقتضى أن لا يثبت حق الفسخ لواحد منهما بحال الا أن الشرع مكن كل واحد منهما من اشتراط الخيار لنفسه ليتمكن به من الفسخ إذا ظهر أن منفعته فيه فاذا لم يشترط الخيار عرفنا أنه إنما قصد تحصيل ماهو المطلوب بالعقد وهو الملك فى البدل وفى لزوم العقد بنفسه يحصل هذ المقصود لاتفويته فاما الحديث فرواية مالك رحمه الله ومن مذهبه أنه لايثبت خيار المجلس وفتوى الراوى بخلاف الحديث دليل ضعفه ثم المراد بالحديث ان صح المتساومان فان حقيقة إسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالمقابلين والمناظرين وبه نقول ان لكل واحد من المتساومين الخيار أو المراد بالتفرق التفرق بالقول دون المكان يعنى أنهما جميعاً بالخيار ان شاآ فسخا البيع بالاقالة مالم يتفرق رأيهما فى ذلك وذكر أبو يوسف فى الأمالى ان تأويل هذا الحديث إذا قال لغيره بعنى هذه السلعة بكذا فيقول الآخر بعت وبه يتأول ان يعد هذا الكلام قبل قول المشترى اشتريت لكل واحد منهما الخيار مالم يتفرقا عن ذلك المجلس وهذا صحيح فهما متبايعان في هذه الحالة لوجود التكلم بالبيع منهما وعلى أصل الشافعى بهذا اللفظ ينعقد البيع بينهما ثم يثبت الخيار لكل واحد منهما مالم يتفرقا عن المجلس إن شاء قال المشترى اشتريت حتى يتم البيع وان شاء رجع البائع أوقام من المجلس قبل أن يقول المشترى اشتريت *قال وإذ ارتدت أمة لرجل ثم تابت لم يكن عليه أن يستبرئها لأنها لم تخرج عن ملكه ولم تحل لغيره إنما حرمت عليه بعارض الردة ثم زال ذلك بالتوبة فهو بمنزلة مالو حرمت عليه بالحيض *قال واذا اشترى أمة لها زوج ولم يدخل بها وطلقها قبل أن يقبضها المشترى فعلى المشترى أن يستبرئها لأن وقت وجوب الاستبراء على المشترى وقت القبض وهى فارغة عن حق الغير عند القبض

فوجود النكاح عند العقد وعدمه سواء وان طلقها الزوج بعد ماقبضها المشترى فليس عليه أن يستبرئها لأنه حين قبضها لم يلزمه الاستبراء لكونها مشغولة بحق الزوج لحقه يمنع ثبوت ملك الحل له بملك الرقبة وإذا لم يلزمه الاستبراء عند القبض لايلزمه بعد ذلك لأنه لو لزمه الاستبراء إنما يلزمه بالطلاق قبل الدخول والطلاق لايوجب الاستبراء وهذه هى الرواية الاخرى فى ان الزوج إذا طلقها قبل لدخول لا يجب على المولى به الاستبراء ولو استبرأها وقبضها ثم زوجها فان مات عنها زوجها واعتدت عدة الوفاة ولم تحض ولا بأس بأن يطأها لما بينا أن العدة أقوي من الاستبراء فعند ظهور العدة لا يظهر حكم الاستبراء وان طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض عنده لم يطأها المشترى حتى يستبرئها بحيضة لأن الاستبراء قد وجب هنا حين قبضها وهى فارغة وبالطلاق قبل الدخول ارتفع النكاح لا الى أثر فيظهر ما كان من الحكم قبل النكاح والطلاق وهو الاستبراء الواجب على المشترى وان كانت قد حاضت حيضة عند الزوج قبل الطلاق أجزأت تلك الحيضة عن الاستبراء لأنها حاضتها بعد ماوجب الاستبراء على المشترى بالقبض وبتلك الحيضة يتبين فراغ رحمها من ماء البائع فيجتزئ بهامن الاستبراء لانهاحاضتها بعد ماوجب الاستبراء بالقبض وفي كتاب الحيل قال ان زوجها المشتري عبداً له قبل أن يقبضهاثم قبضها ثم طلقها العبد قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض فللمشترى أن يطأها من غير استبراء وهو صحيح فتزويجه اياها قبل القبض صحيح كالاعتاق لأن النكاح لايمنع صحته بسبب الغرر أو أن وجوب الاستبراء بعد القبض وقد قبضها وهى مشغولة بالنكاح فلم يلزمه الاستبراء عند ذلك ولا بالطلاق بعد ذلك وهذه هى الحيلة لاسقاط الاستبراء في حق من كان تحته حرة لأنه لا يمكنه أن يتزوجها بنفسه وان لم يكن تحته حرة فالحيلة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لأن بالنكاح يثبت له عليها الفراش فإنما اشتراها وهى فراشه وقيام الفراش له عليها دليل على تبين فراغ رحمها من ماء الغير شرعا ثم الحل لم يتجدد له بملك الرقبة لأنها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء بهذه الصفة إذا علم أن البائع لم يكن وطئها في هذا الطهر وفى قول أبي يوسف وقال محمد يكره ذلك وهو نظير ماتقدم من الحيلة لاسقاط الزكاة فعند أبي يوسف هو يمتنع من التزام حكم مخافة أن لا يتمكن من الوفاء به إذا لزمه ومحمد يقول الفرار من الأحكام الشرعية ليس من

أخلاق المؤمنين فيكره له اكتساب سبب الفرار وهكذا الخلاف فى الحيلة لاسقاط الشفعة والله أعلم

باب الاستبراء فى الاختين

قال واذا وطئ الرجل أمة ثم اشترى اختها كان له أن يطأ الاولى وليس له أن يطأ الثانية لأنه إذا وطىء الثانية يصير جامعاً بين الاختين وطئاً بملك اليمين وذلك لايحل لظاهر قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان فى هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما فكان عثمان رضى الله عنه يقول أحلتهما آية يعنى قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم وحرمتهما آية يعنى قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين فكان يتوقف فيه وكان علي رضى الله عنه يرجح آية التحريم لأنه ان كان المراد الجمع بينهما وطأ فهو نص خاص وان كان المراد الجمع بينهما نكاحا فالنكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئا واخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطا لتغليب الحرمة على الحل والاباحة ولذا قال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الاغلب الحرام الحلال * وإن لم يكن وطئ الاولى حتى اشترى الثانية أو اشتراهما معاً فله أن يطأ أيتهما شاء لأن كل واحدة منهما مملوكة له وبوطء احداهما لا يصير مرتكبا لما هو المحرم وهو الجمع بينهما وطئا فله أن يطأ ايتهما شاء فان وطئ إحداهما لم يكن له أن يطأ الاخرى لانه لو وطىء الاخرى صار جامعا بينهما وطئا فان وطئهما جميعا أو قبلهما أو نظر الى فرجيهما بشهوة فقد أساء بارتكاب الجمع المحرم فكما يحرم الجمع بينهما فى دواعى الوطء والتقبيل والنظر الى الفرج بشهوة من جملة الدواعى كالنكاح ولهذا تثبت به حرمة المصاهرة كما تثبت بالوطء ثم ليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم على نفسه إحداهما ببيع أو نكاح أو تبرع لأنه اذا أراد أن يطأ احداهما والآخرة موطوءته ولهذا لو كانت موطوأته على الخصوص لم يكن له أن يطأ اختها بالملك حتى يحرمها على نفسه فكذلك هذا الحكم بعد ماوطئهما فان زوج احداهما فله أن يطأ الباقية منهما لأن المنكوحة صارت فراشا للزوج وبثبوت الفراش الصحيح للزوج ينعدم أثر وطء المولى حكما ولهذا لوجاءت بالولد بعد ذلك لايثبت النسب من المولى وان ادعاه فيكون هذا بمنزلة الطلاق قبل الدخول ولو طلق احدى الاختين قبل الدخول كان له أن يتزوج بالاخرى من ساعته فهنا أيضا له أن

يجامع الاخرى غير انى لاأحب له أن يجامعها حتى تحيض اختها حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم اختين وكذلك الزوج يستحب له أن لايقرب التى تزوج حتى تحيض حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لاينبغى لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة في طهر واحد فان طلقها الزوج وانقضت عدتها لم ينبغ للمولى ان يطأ واحدة منهما حتى يزوج احداهما أو يبيع لأن حق الزوج يسقط عنها بالطلاق ولم يبق له أثر بعد انقضاء العدة فعاد الحكم الذي كان قبل التزويج وكذلك لو باع احداهما وسلم ثم اشتراها أو ردت عليه بعيب فليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم إحداهما على نفسه هكذا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما وهذا لانهما اجتمعا في ملكه وكل واحدة منهما موطوءته فكانت هذه الحالة كحاله قبل البيع فى المنع * قال واذا ارتدت إحداهما عن الاسلام والعياذ بالله لم يحل له أن يطأ الاخرى لان المرتدة في ملكه بعد ولم يثبت فيها حل لغيره وحرمتها عليه بالردة كحرمتها بالحيض وكذلك الرهن والاجارة والتدبير فمباشرته فى احداهما لاتخرجها عن ملكه ولا يحرمها عليه ولا يحل له أن يطأ الاخرى باعتباره وكذلك ان لحق احداهما دين أو جناية فانها لم تخرج من ملكه مالم تدفع أو تبع فاذا دفعت أو بيعت في الدين فقد خرجت من ملكه وحل له وطء الاخرى عند ذلك * قال ولو كاتب احداهما أو اعتق بعضها فقضي عليها بالسعاية أو لم يقض حل له أن يطأ الاخرى أما في معتقة البعض فهو غير مشكل لأن ملكه زال عنها قدر ما أعتق وزوال ملكه عن بعضها فى حكم الحرمة كزوال ملكه عن جميعها وفي الكتابة الجواب مشكل فقد ذكرنا فى الباب المتقدم انها بالكتابة لاتخرج عن ملك المولى حتى لايلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره وكان ينبغى أن لايحل له وطء الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها وجعل وطئه اياها وطئا فى غير ملك حتى لاينفك عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة فتجب الغرامة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها أو بيع بعضها فيحل له أن يطأ الاخرى وكذلك لو وهب احداهما أو وهب شقصا منها وسلم فهو والبيع سواء وكذلك لو أسرها العدو واحرزوها بدارهم لانهم ملكوها بالاحراز * ولو أبقت اليهم لم يحل له وطء الباقية فى قول أبى حنيفة لانهم لم يملكوا الآبق بالأخذ فهى باقية على ملكه وعند أبى يوسف

ومحمد رحمهما الله اذا أخذوها ملكوها بالاحراز فيحل له وطء الأخرى *قال ولو زوج احداهما نكاحا فاسدا فوطئها زوجها ثم فرق بينهما فله أن يطأ اختها لأن العدة وجبت على التى زوجها والعدة بمنزلة النكاح فى حرمتها بها على المولى فيحل له أن يطأ اختها وان كانت عند الزوج لم يفرق بينهما ولم يدخل بها أو فرق بينهما قبل الدخول لم يكن له أن يقرب الاخت لأن النكاح الفاسد لايحرمها على المولى ولا يثبت للزوج عليها فراش فوجوده وعدمه سواء وان باع احداهما بيعا فاسدا وقبضها المشترى حل له وطء الاخرى لأن المشترى ملكها بالقبض وان كان لايحل له وطؤها لفساد البيع وبخروج احداهما عن ملكه يحل له وطء الاخرى لان المشترى ملكها بالقبض فان ترادا البيع فليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرّم احداهما عليه فان باع التى لم يبع لم يقرب التى ردت عليه حتى يستبرئها بحيضة لخروجها عن يده وملكه بالتسليم بحكم البيع الفاسد *قال واذا تزوج اخت جاريته التى وطئها لم يقرب واحدة منهما حتى يملك فرج أمته غيره لأن التى تزوجها صارت فراشا له بنفس النكاح حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب منه فكانت كالموطوءة حكما فلهذا لايقرب أمته ولا يقرب المنكوحة لانه وطىء أختها بالملك فيصير بهذا الفعل جامعا بين الاختين وطئا وذلك حرام وقال مالك له أن يطأ أمته كما كان يطؤها قبل النكاح وجعل نكاحه اختها بمنزلة شرائه اختها والفرق بينهما ماذكرنا فانها بنفس الشراء ماصارت فراشا له حتى لو جاءت بالولد لا يثبت النسب . ولو اشترى أخت امرأته وهى أمة كان له أن يطأ الاولى وهى المنكوحة لان الثانية بنفس الشراء ماصارت فراشا له ويستوى ان كان وطىء المنكوحة أو لم يطأها لان بالنكاح صارت فراشا له والتحقت بالموطوءة .ولو اشترى عمة امته التى وطئها أو خالتها أو بنت أختها اوبنت أخيها من نسب أورضاع فهو بمنزلة شراء الاخت لان الجمع بين هاتين فى النكاح حرام فكذلك يحرم الجمع بينهما وطئا بملك اليمين* قال واذا اشترى جارية وقبضها وعليها عدة من زوج من طلاق أووفاة يوم أو أكثر من ذلك فليس عليه بعد مضي تلك المدة استبراء استحسانا لان العدة من حقوق النكاح فتعمل عمل أصل النكاح فى المنع من وجوب الاستبراء ولو كانت منكوحة عند القبض بالشراء لم يجب على المشترى فيها استبراء فكذلك اذا كانت معتدة ألا ترى انها لو كانت حاملا فولدت بعدماقبضها المشترى لم يلزمه استبراء آخر فكذلك اذا انقضت عدتها بغير ولد* قال واذا اشترى جارية لها زوج

وقبضها ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقد كان البائع وطئها قبل أن يزوجها لم ينبغ للمشترى أن يقربها حتى تحيض حيضة استحسانا لانه لو قربها أدى الى اجتماع الرجلين على امرأة واحدة فى طهر واحد وقيل هنا الاستبراء مستحب لا واجب كما يستحب للزوج أن يستبرئها قبل أن يطأها اذا علم ان المولى وطئها فى هذا الطهر فكذلك حال المشتري بعد طلاق الزوج مثله وقيل بل في حق المشترى الاستبراء واجب وهو احدى الروايتين في أن الطلاق قبل الدخول يوجب الاستبراء على المشترى فان كانت قد حاضت حيضة بعد وطء البائع فلا بأس بان يقربها المشترى ولا يستبرئها فبهذا تبين أن المنع في الفصل الاول لكيلا يؤدى الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد لا لوجوب الاستبراء على المشترى عند الطلاق *قال واذا اشترى المكاتب جارية وقبضها فحاضت عنده ثم عتق حل له أن يطأها لأن المكاتب في حكم ملك التصرف بمنزلة الحر وبالشراء يثبت له حق الملك فتأكد ذلك بالعتق وبالحيضة التى توجد فى يده بعد ذلك يتبين له فراغ رحمها من ماء الغير فيحتسب بها من استبرائه* قال ألا ترى أن مولاه اذا اشتراها منه قبل أن يعتق كان عليه ان يستبرئها بحيضة يعنى أن المولى فى كسب مكاتبه كالاجنبي والمعتبر ملك المكاتب فيها قبل العجز لا ملك المولى فان عجز المكاتب لم يطأها المولى حتى يستبرئها بحيضة لان المولى انما ملكها بعد عجز المكاتب وهذا لأن ملك الحل بمنزلة ملك التصرف والمكاتب هو المستبد بالتصرف فى ملكه قبل العجز وانما يملك المولى التصرف بعد عجز المكاتب فيلزمه استبراء جديد ألا ترى أن المشتراة قبل القبض اذا حاضت ثم قبضها يلزمه استبراء جديد وان كان هو قبل القبض مالكا رقبتها فهذا أولى فان كانت أم المكاتب أو ابنته لم يكن على المولي أن يستبرئها لأنها تتكاتب عليه وكل من دخل فى كتابته فهو مملوك المولى حتى ينفذ عتقه فيه كما ينفذ فى المكاتبة فكما أن المكاتبة اذا عجزت لا يجب علي المولى أن يستبرئها فكذلك لا يجب عليه الاستبراء متى صارت مكاتبة معه ولو كانت اخت المكاتب أو ذات رحم محرم منه فكذلك الجواب عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لانها قد تكاتبت عليه وعند أبى حنيفة لا يتكاتب ماسوى الوالدين والمولودين فيجب على المولى فيها الاستبراء بعد العجز كما في الاجنبية ألا ترى أن المولي لو أعتقها لم ينفذ عتقه فيها عنده ولا يمتنع عليه بيعها * قال ولو اشترى النصرانى جارية فليس عليه أن يستبرئها لأن مافيه من الشرك أعظم من ترك الاستبراء معناه ان وجوب الاستبراء لحق الشرع والكافر لا يخاطب

بما هوأهم من الاستبراء كالعبادات فان أسلم قبل أن يطأها وقبل أن تحيض حيضة ففى القياس ليس عليه أن يستبرئها لأن أوان وجوب الاستبراء عند القبض ولم يلزمه عند ذلك فلا يجب من بعدكما لو كانت منكوحة أومعتدة حين قبضها وفي الاستحسان عليه أن يستبرئها بحيضة لأن وقت الاستبراءمن حين يقبضها الى أن تحيض حيضة فاذا أسلم وقد بقى شيء من وقت الاستبراء يجعل ذلك لوجود الاسلام في أول الوقت كالكافر اذا أسلم فى آخر وقت الصلاة يلزمه تلك الصلاة لهذا المعنى فان وطئها قبل اسلامه ثم أسلم لم يكن عليه أن يستبرئها لأن وقت الاستبراء ما قبل الوطء لانه يستبرئ رحمها من ماء غيره لامن ماء نفسه وبعد الوطء لو استبرأها انما يستبرئها من ماء نفسه *قال واذا اشترى جارية مجوسية فحاضت عنده حيضة ثم أسلمت حل له أن يطأها لان تلك الحيضة وجدت بعد تمام الملك له فيها فيجتزئ بها من الاستبراء وكذلك ان كانت محرمة فحاضت فى احرامها ثم حلت * قال واذا اشترى جاريةهى اخت البائع من الرضاع أو كانت حراما عليه بوجه من الوجوه فعلى المشترى أن يستبرئها لانه حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة فهو كما لو اشتراها من امرأة * قال وان اشترى جارية فلم يقبضها حتى ردها بخيار أو عيب فليس على البائع أن يستبرئها لانها لم تخرج من ضمان ملكه حين عادت اليه والله أعلم

باب آخر من الخيار

قال واذا رأى الرجل عند رجل جارية فساومه عليها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك متنقبة فاشتراها بثمن مسمى ولم يعلم انها تلك الجارية ولم يقع بينهما منطق يستدل به أنه قد عرفها فهو بالخيار اذا كشفت نقابها وهذا بمنزلة من اشترى شيئا لم يره لان الرؤية السابقة لم تفد له العلم باوصاف المعقود عليه لما لم يعلم أنها تلك الجارية وثبوت خيار الرؤية للجهل بأوصاف المعقود عليه فانما يسقط خياره برؤية تفيده العلم بأوصاف المعقود عليه فما لم يفده بأوصاف المعقود عليه فوجوده كعدمه أرأيت لو رآها عنده ثم رآها متنقبة عند آخر ولا يعلم انها تلك الجارية فاشتراها أماكان له الخيار اذا كشفت نقابها فكذلك اذا اشتراها من الاول *قال ولو نظر الى جراب هروى فقلبه ثم ان صاحب الجراب قطع منه ثوبا ثم أخبره انه قطع منه ثوبا ولم يره اياه ثانية حتى اشتراه فهو بالخيار اذا رآه لان الثياب عدد متفاوت ولذا لايجوز

شراء ثوب من الجراب بغير عينه فاذا لم يكن ماقطع منه معلوما عند المشترى لم يكن مايتناوله العقد أيضا معلوم الوصف عنده فثبت له الخيار عند الرؤية . ألا ترى انه لو اشترى الجراب الا ثوبا منها بغير عينه لم يجز الشراء فكذلك اذا كان لا يعلم ما قطع البائع منها بعد رؤيته فلعله قطع أجودها والمشترى يظن أنه قطع أردأها فلهذا كان له الخيار اذا رآه *قال ولو عرض رجل على رجل ثوبين فلم يشترهما ثم لف احدهما فى منديل ثم اشتراه منه ولم يره ولم يعلم أيهما هو فهو بالخيار اذا رآه لان الرؤية المتقدمة لا تفيده العلم بأوصاف المعقود عليه فلعل المشترى يظن انه أجودهما وهو اردؤهما ولو أتاه بالثوبين جميعا وقد لف كل واحد منهما فى منديل فقال هذان الثوبان اللذان قد عرضت عليك أمس فقال أخذت هذا لاحدهما بعشرين درهما وهذا بعشرة فى صفقتين أو صفقة ولم يرهما فى هذه المدة فأوجبهما له فهو بالخيار لانه لما خالف بينهما فى الثمن فما هو المقصود لايحصل له مالم يعلم بأوصاف كل واحد منهما بعينه لجواز ان يظن أن الذى اشتراه بعشرين درهما أجودهما والذى اشتراه بعشرة اردؤهما والحال بخلاف ذلك فربما يهلك أحدهما أو يجد به عيبا يحتاج الى رده فلا يندفع الغبن عنه مالم يعرف كل واحد منهما بعينه .ولو قال قد أخذت كل واحد منهما بعشرة أو بعشرين جاز ذلك ولا خيار له لانه أخذهما صفقة واحدة ولم يفصل احدهما فى الثمن وقد كانا معلومى الوصف عنده بالرؤية المتقدمة فلاجله لا يثبت له خيار الرؤية فيهما *قال رجل اشترى ثوبا ولم يره حتى رهنه أو أجره يوما أو باعه والمشترى بالخيار فهذا اختيار منه له وليس له أن يرده لانه أوجب للغير فيه حقا لازما وذلك بعجزه عن الرد فان البيع بشرط الخيار للمشترى لازم فى جانب البائع واكتسابه مايعجزه عن الرد مسقط لخياره حكما كما لو كان المبيع عبدا فدبره أو باعه . والبائع بالخيار فنقض البيع كان له أن يرده لان خيار البائع يمنع زوال ملكه والبيع بهذه الصفة لايعجزه عن الرد فلا يكون مسقطا لخياره وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله انه يسقط خياره بهذا البيع وقيل تلك الرواية اصح لان البيع بشرط الخيار للبائع أقوى فى اسقاط الخيار من العرض على المبيع ولو عرضه على البيع سقط خياره فاذا باعه بشرط الخيار أولى ووجه ظاهر الرواية أن البيع تصرف من جهة القول فاذا كان بحيث لايعجزه عن الرد لايكون اسقاطا لخياره حكما ولكنه بمنزلة اسقاط خيار الرؤية بالقول قصدا وذلك لايصح قبل الرؤية فكذلك ايجاب البيع بشرط الخيار له *قال ولو اشترى عبدا لم يره

فكاتبه ثم عجز فرآه لم يكن له أن يرده بالخيار وكذلك خيار الشرط في ذلك لان عقد اكتساب لازم في جانب المولى وهو يعجزه عن الرد بحكم الخيار فمباشرته تتضمن سقوط خياره حكما نخيار الشرط والرؤية فى ذلك سواء ولوحم العبد ثم ذهبت الحمى عنه كان له أن يرده بخيار الرؤية والشرط. لان الحمى عنده بمنزلة عيب حادث وذلك غير مسقط لخياره وانما يمنعه عن الرد بغير رضا البائع لدفع الضرر عن البائع فاذا اقلعت الحمى عنه فقد زال معنى الضرر فكان هو على خياره في الرد بخلاف ماتقدم فان عجزه عن الرد هناك لايجابه حقا لازما للغير فيه وذلك مسقط لخياره حكما ولو أشهد على نقض البيع فى الثلاثة بحضرة البائع والعبد محموم وله خيار الشرط. ثم ذهبت الحمى قبل مضى الثلاثة ولم يحدث ردا حتى مضت الثلاثة الايام كان له أن يرده بذلك الرد لان نقضه البيع بحضرة البائع صحيح فى حقه وانما امتنع ثبوت حكمه فى حق البائع لدفع الضرر عنه فاذا ذهبت الحمى قبل مضي الثلاثة فقد انعدم معنى الضرر فتم البيع فى حق البائع أيضا فلهذا كان له أن يرده بعد مضى الايام الثلاثة وهذا لان الحمى حين ذهبت مع بقاء مدة الخيار تجعل المشترى كالمجدد للفسخ فى هذه الحالة لانه مصر على الفسخ الذى كان منه كانه جدده بعد زوال المانع .ولو تمادت به الحمى عشرة أيام ليس له بذلك الرد ولا بغيره لان مدة الخيار ذهبت والمانع قائم فبطل حكم الرد لاستغراق المانع فى جميع المدة ولانه حين أقلعت الحمى عنه يصير كالمجدد للفسخ وهو لايملك الرد به بعد مضى مدة الخيار وانما يملك ذلك فى مدة الخيار ولوخاصمه فى الثلاثة الى القاضى فرده المشتري وأبى البائع أن يقبله وهو محموم فان القاضى يجيز البيع ويبطل الرد لانه يرده بعيب حادث عنده وانما كان تمكنه من الرد بحكم الخيار له لدفع الضرر عن نفسه لا لالحاق الضرر بالبائع فاذا أدى ذلك الى الاضرار بالبائع أبطل القاضي رده ولزمه البيع بقضاء القاضى فان صح العقد فى الثلاث لم يكن له أن يرده لان الزام القاضى اياه أقوى من التزامه اسقاط الخيار ولو أسقط خياره لم يكن له أن يرده بعد ذلك فاذا ألزمه القاضى كان أولى وكذلك هذا فى خيار الرؤية لان قضاء القاضى ببطلان رده مسقط لخياره حكما وذلك حاصل قبل الرؤية وهذا بخلاف الرجوع فى الهبة فان الموهوب له اذا بنى فى الدار الموهوبة ثم رجع الواهب فأبطل القاضى رجوعه ثم رفع الموهوب له بناءه كان للواهب أن يرجع فيها لان حق الواهب فى الرجوع لا يحتمل الاسقاط حتى لو اسقطه بنفسه كان اسقاطه باطلا

فالقاضى انما يمنع رجوعه بقضائه لاجل البناء لاأن يسقط حقه فى الرجوع فاذا زال المانع كان لهان يرجع وهنا القاضي مسقط لخياره لانخياره محتمل للسقوط فبعدماسقط خياره بقضاء القاضي لايمكن من الرد بحكمه * قال ولو اشهد على رده فى الثلاثة بحضرة البائع وهو صحيح ثم حم قبل ان يقبضه البائع ثم اقامت عنه الحمى وعاد الى الصحة فى الثلاثة أو بعدها فهو لازم للبائع ولا خيار له فيه لان المشترى فسخ البيع وهو صحيح فعاد فسخه الى ذلك البائع ثم بحدوث العيب فى ضمان المشترى يثبت للبائع الخيار فاذا أقلعت الحمى فقد زال ذلك العيب وسقط ما كان من الخيار للبائع كما لو حدث بالمبيع عيب فى يد البائع ثم زال العيب قبل أن يقبضه المشترى كان لازما للمشترى ولا خيار له فيه فهذا مثله وكذلك خيار الرؤية ولو خاصمه والحمى بهفابطل القاضى الرد وألزم المشترى العبد فليس له أن يرده بعد ذلك لان ذلك الفسخ بطل بقضاء القاضى بمنزلة البيع اذا أبطله القاضى للعيب الحادث عند البائع ثم زال العيب * قال ولو جرح العبد عندالمشترى جرحا له ارش أو جرحههو أو كانت أمة فوطئها هو أو غيره لم يكن له ان يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط اما اذا جرحها هوفلان اقدامه على ذلك الفعل اكتساب منه للسبب المسقط لخياره لانه يعجزه عن ردها كما قبضها وان جرحها غيره فلما حدث من الزيادة المنفصلة وهو الارش وكذلك ان وطئها غيره فان وطئها هوفاقدامه على الوطء يكون رضا منه بتقرر ملكه فيها وذلكمسقط لخياره وكذلك إذا ولدت ولدا فمات ولدها أو لم يمت لم يكن له أن يردها بخيارالرؤية ولا بخيار الشرط أما اذا بقي الولد فللزيادة المنفصلة وأما اذا مات الولد فللنقصان الحادث فى يده بالولادة ولو كانت دابة أوشاة فولدت لم يكن له أن يردها لا بخيار الشرط ولا بخيار الرؤية للزيادة المنفصلة وكذلك لو قتل ولدها هو أوغيره لأنه بالقتل حابس للزيادة فكانها قائمة في يده واذا كان القاتل غيره فقدوجب على القاتل قيمة الولد وبقاء قيمته في يده كبقاء عينه ولومات موتا كان له أن يردها لأن الزيادة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كان لم تكن والولادة لا تمكن عيبا فيها فان الولادة فى البهائم لاتكون نقصانا فلهذا كان له أن يردها * قال ولو أن البائع جرحها عند المشتري أو قتلها وجب البيع على المشترى وعلى البائع القيمة فى خيار الشرط والرؤية أما في القتل فلان المشترى عجز عن ردها بعد ماقتلت وقد صار البائع منها كاجنبي آخر فكما أنه لو قتلها أجنبي آخر يسقط خيار المشترى ويكون له على القاتل قيمتها

فكذلك اذا قتلها البائع وأما اذا جرحها البائع عنـد المشترى فكذلك الجواب في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول وهو القياس وفى قول أبي يوسف الآخر للمشترىأن يردها بخياره ذكر قوله في كتاب الشرب وذكر محمدبن سماعة فى نوادره فى خيار الشرط والرؤية وخيار العيب جميعا وجه قوله ان الخيار مستحق للمشترىعلى البائع ومن عليهالحق لايملك اكتساب سبباسقاط الحقالمستحقعليه الابطريقالابقاء. يوضحه أن حدوث العيب فى يد المشترى انما يمنع الرد لدفع الضرر عن البائع ولا يتحقق ذلك فى جناية البائع عليهلانه راض بفعله ولانه يجعل مستردا لذلكالجزء لجنايته ولمابقى برد المشتري عليه فيعود اليه حكما كما خرج من يده بخلاف ماذا كان الجانى غيره. وجه قولهما أن البيع لازم فى جانب البائع وهو بعد التسليم فيها كاجنبي آخر بدليل مسئلة القتل ولو كان الجانى أجنبيا آخر فوجدالارشلم يتمكنالمشترى بعد ذلك منردها فكذلك اذا كانهو البائعولا يملك اسقاط خيار المشترى فالاجنبي لا يملك اسقاط خياره والبائع انما رضي بالنقصان الحادث بجنايته في ملك المشترىفلا يكون راضيابه فىملك نفسه ولو جعل جنايته استردادا فى ذلك الجزء لكان قتله استردادا فى الكل وهذا لان البيع لازم من جهته فلا يتمكن هو منالاسترداد ولو استودعها المشترى البائع بعد ما قبضها فماتت عنـد البائع قبل أن يرضى المشترى ففى خيار الرؤية هى من مال المشتري وعليـه الثمن لانها مملوكة للمشترى أمانة في يد البائع فهلاكها فى يد الأمين كهلاكها فى يد المشترى وفى خيار الشرط كذلك الجواب عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان خيار الشرط عنـدهما لايمنع ملك المشترى وعنـد أبى حنيفـة فى القياس كذلك لان البيع لازم فى جانب البائع والمبيع خارج من ملكه فايداع المشترى اياه كايداعه أجنبيا آخر فاذا هلك في يده هلكمن مال المشترى وفي الاستحسان يهلك من مال البائع لأن خيار المشترى يمنع ملكه عنـد أبى حنيفة فتسليمه اياها الى البائع لايكون ايداعا فيـه ملك نفسه ولـكنه فسخ للقبض فكانها هلكت فى يد البائع قبـل أن يقبضها المشترى فيهلك من مال البائع

﴿ باب بيع النخل وفيه ثمرأو لم يكنفيه ثمر ﴾

قال واذا اشترىالرجلأرضاً ونخلاً بألف درهم والارض تساوى ألفا والنخل يساوى

ألفا فأثمر النخيل بعد ذلك في يد البائع مرة أو مرتين كل مرة تساوى الثمرة الفاً فأكله البائع كله ثم جاء المشترى يطلب بيعه فالاصل فى تخريج هذه المسئلة أن الثمار الحادثة زيادة في الارض والنخل في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهم الله وفى قوله الآخر هو زيادة فى النخل خاصة وجه قوله الآخران الثمار يخرجه النخيل دون الارض فيكون زيادة فيهما يقسم الثمن على قيمة الارض والنخل أولا ثم حصة النخيل تقسم على قيمتها وقيمة الثمار بمنزلة مالو اشترى جاريتين فولدت احداهما قبل القبض ثم قبضهما فانه يقسم الثمن على قيمة الجاريتين أولا ثم ما أصاب التى ولدت يقسم على قيمتها وقيمة ولدها يوم يقبض المشترى الولد لهذا المعنى ان الولد انفصل عنها فتكون زيادة فيها خاصة وجه قولهما ان النخيل في هذا البيع بيع بدليل أنها تدخل فى البيع من غير ذكر والبيع لايقع له فتكون الثمار الحادثة زيادة فى الاصل بمنزلة ما لو اشترى جارية فولدت ابنة قبل القبض ثم كبرت الابنة وولدت ولدا فيجعل الولد الثانى زيادة في الجارية حتى يقسم الثمن على قيمتها وقيمة الولدين لان الابنة تابعة فى العقد فلا يكون ولدها تبعا لها فهذا مثله والثمار فى الصورة يخرجها النخيل وفى المعنى زيادة فى الارض لان النخيل تشرب بعروقها من الارض ألا ترى انبقوة الارض تزداد الثمار جودة فعرفنا أن من حيث المعنى الاصل هو الارض للثمار وللنخيل جميعا فلهذا يقسم الثمن على قيمة الكل قسمة واحدة ثم يعتبر فى القسمة قيمة الثمار حين أكلها البائع لانها عند ذلك صارت مقصودة فالزيادة الحادثة انما تصير لها خاصة من الثمن اذا صارت مقصودة بالتناول ألا ترى ان المشتري اذا قبضها يعتبر فى الانقسام قيمتها وقت القبض فكذا اذا أكلها البائع فان كانت أثمرت مرة واحدة فأكلها البائع وقيمتها ألف درهم انقسم الثمن أثلاثاً ثلثه بازاء الارض وثلثه بازاء النخيل وثلثه بازاء الثمار ويسقط عن المشترى حصة الثمار من الثمن ويأخذ الارض والنخيل بثلثى الثمن وفى قول أبي يوسف الآخر يقسم الثمن أولا على قيمة الارض والنخيل نصفين ثم حصة النخيل تقسم على قيمتها وقيمة الثمار نصفين فيسقط عن المشترى ربع الثمن ويأخذ الارض والنخيل بثلاثة أرباع الثمن وان كانت أثمرت النخيل مرتين أخذ المشترى الارض والنخيل بنصف الثمن لأن القيم لما استوت لحصة ما تناول البائع من الثمار نصف الثمن الاول وقال أبو يوسف يأخذ بثلثى الثمن لان نصف الثمن بمقابلة الارض والنصف الذى يقابله النخيل يقسم

أثلاثا ثلثه يسقط عن المشترى بتناول البائع الثمار مرتين وثلث النصف حصة النخيل يتقرر على
المشترى مع حصة الارض فيأخذها بثلثي الثمن وان كانت أثمرت ثلاث مرات أخذ
الارض والنخيل بخمسي الثمن وسقط عنه ثلاثة أخماس الثمن حصة لثمن ثلاث مرات وعند
أبي يوسف يأخذ الارض والنخيل بخمسة أثمان الثمن نصف الثمن حصة الارض وربع
النصف الآخر حصة النخل ويسقط عن المشترى ثلاثة أثمان الثمن وان أثمرت أربع مرات
فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يأخذ الارض والنخيل بثلث الثمن لان الثمن ينقسم على ستة
أسهم حصة الارض والنخل سهمان وهو الثلث وعند أبي يوسف يأخذهما بثلاثة اخماس
الثمن نصف الثمن حصة الارض وخمس النصف الآخر حصة النخل فذلك ستة أجزاء
من عشرة من جميع الثمن وان أثمرت خمس مرات أخذ الارض والنخل عندهما سبع الثمن
لان القسمة على الاسباع عندهما فيسقط حصة الثمار خمسة أسباع الثمن ويأخذ الارض
والنخل بسبعة أجزاء من اثنى عشر جزأ من الثمن حصة الارض نصف الثمن وحصة
النخل سدس النصف الباقى وفي جميع ذلك الخيار للمشترى ان شاء أخذ الارض والنخل
وان شاء فسخ البيع فيهما وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فأما عند أبي حنيفة فلا
خيار للمشترى فى ذلك وانما نص على الاختلاف فى الباب الذى بعد هذا في الولد الحادث
قبل القبض اذا أتلفه البائع ولا فرق بين الولد فى الشاة وبين الثمار. وجه قولهما أن الزيادة
الحادثة قبل القبض لما صارت مقصودة بتناول البائع وكان لها حصة من الثمن فالتحقت
بالموجود عند العقد ولو كانت موجودة فأتلفها البائع ثبت الخيار للمشترى فيما بقي لتفرق
الصفقة عليه قبل الثمار فكذلك هنا وأبو حنيفة يقول المشترى عند القبض رضى بأخذ
الارض والنخيل بجميع الثمن فهو بأخذهما ببعض الثمن أرضي وثبوت الخيار لتمكن
الخلل فى رضا المشتري فاذا علمنا تمام الرضا منه هنا فلا معنى لاثبات الخيار له. يوضحه أن هذه
الزيادة لو هلكت من غير صنع البائع أخذ المشترى الارض والنخل بجميع الثمن ولا خيار
له ولان يلزم الارض والنخل ببعض الثمن عند اتلاف البائع الثمار كان أولى بخلاف الموجود
عند العقد فانه لو هلك من غير صنع البائع يخير المشتري فكذلك بصنع البائع وبهذا يتبين أن
تفريق الصفقة انما يحصل بهلاك الموجود عند العقد لا بهلاك الحادث بعد القبض فان كان
فى النخل ثمرة تساوى ألفا يوم اشترى الارض والنخل وقد اشتراهما معا فان الثمار لا تدخل

في البيع الا بالذكر لانه بعرض الفصل فهو والموضوعة فى الارض سواء بخلاف النخيل فانها تابعة للارض كالبناء فيدخل فى البيع من غير ذكر فاذا أكلها البائع ثم أثمرت بعد ذلك مرارا فاكله البائع فالاصل فى تخريج هذه المسئلة أن ثلث الثمن يسقط من المشتري بأكل البائع الثمار الموجودة لان الثمار الحادثة بعد ذلك ليست بزيادة في الثمار الموجودة وهى مقصودة لا تدخل فى العقد الا بالذكر فيقسم الثمن أولا على قيمة الارض وعلى قيمة النخل وقيمة الثمار الموجودة وقت العقد وقد استوت القيم فتقسم أثلاثا ويسقط عن المشترى ثلث الثمن حصة الثمار الموجودة وأما ثلثا الثمن حصة الارض والنخيل في هذه المسئلة فبمنزلة جميع الثمن في المسئلة الاولى في حكم الانقسام على قيمتها وقيمة ما أكل البائع من الثمار الحادثة على نحو ماخرجنا فى المسئلة الاولى قال فان كانت الثمرة التى حدثت بعد البيع لم يأكلها البائع ولكن أصابتها آفة من السماء فذهبت بها ونقصت تلك النخل فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركها لان الثمار الحادثة لما فاتت من غير صنع أحد لم يكن لها حصة من الثمن وصارت كان لم تكن فنفى النقصان المتمكن فيتخير المشترى لاجل ذلك وان لم ينقص النخل لم يكن للمشترى فى البيع خيار وهو لازم له بجميع الثمن لان الثمار الحادثة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كان لم تكن وأما الثمار الموجودة عند العقد فسواء هلكت بغير صنع أحد أو تناولها البائع سقط عن المشترى حصتها من الثمن لانها كانت مقصودة بالعقد وقد فات القبض المستحق بهلاكها فينفسخ البيع فيها ويسقط عن المشترى حصتها من الثمن وله الخيار فى أخذ الارض والنخل سواء هلكت من صنع أحد أو تناولها البائع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بمنزلة مالو اشترى جاريتين فهلكت احداهما قبل القبض والله أعلم

باب جناية البائع والمشترى على المبيع قبل القبض

قال رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم فلم يقبضه حتى قطع البائع يده فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان المبيع تغير في ضمان البائع وتعيب صنعه فتفرقت الصفقة علي المشترى قبل التمام بفوات النصف فان اليد من الآدمى نصفه وذلك مثبت الخيار له فان اختار فسخ العقد سقط عنه جميع الثمن وان اختار أخذ الاقطع فعليه

نصف الثمن عندنا . وقال الشافعي عليه جميع الثمن ويضمن البائع نصف القيمة . وكذلك لو قتله البائع قبل القبض سقط الثمن عن المشترى عندنا وعند الشافعي يغرم البائع القيمة اذا اختار المشتري امضاء العقد لان المبيع صار مملوكا للمشترى بالعقد قبل القبض والقاطع فى الجناية عليه كأجنبي آخر وباعتبار أن اليد للبائع يثبت له حق الفسخ وبهذا لايخرج من أن يكون مضمونا عليه بالقيمة إذا جنى عليه كالمرهون إذا جنى عليه المرتهن . وحجتنا فى ذلك ان المبيع مضمون بالثمن على البائع وضمان الثمن مع ضمان القيمة لايلتقتان وهذا لانه لو وجب بالجناية ضمان القيمة على البائع لزمه تسليمها بحكم العقد ولا يجوز أن يجب على البائع القيمة في ذمته على وجه يلزمه تسليمها بحكم العقد ولأن المبيع في ضمان ملك البائع حتى لو هلك كان هلاكه على ملكه فينزل ذلك منزلة المملوك له حقيقة فى المبيع من وجوب ضمان القيمة عليه بالجناية كما لو كانا في مجلس العقد أو كان البائع شرط الخيار لنفسه فاذا لم يلزمه ضمان القيمة سقط عنه من الثمن حصة ما أتلفه بجنايته لان ذلك صار مقصودا بالتناول فيقابله حصة من الثمن وقدفات القبض المستحق فيه باستهلاك البائع فينفسخ العقد فيه فى ذلك القدر وان كانت يد العبد شلت من غير فعل أحد كان المشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه لتغير المعقود عليه فى ضمان البائع فان اختار الأخذ فعليه جميع الثمن هنا بخلاف الاول والشافعي يسوّى بينهما فيقول فى الموضعين جميعا على البائع ضمان نصف القيمة لان المبيع فى ضمانه قبل التسليم فلا فرق بين ان يفوت جزء منه بفعل الضامن أو بغير فعله كالمغصوب وقاس بمالو اشترى عبدين فتلف احدهما قبل القبض بفعل البائع أو بغير فعله كان الجواب في ذلك سواء فهذا مثله ولكنا نقول الطرف من العبيد وصف ألا ترى انه يدخل فى البيع تبعا من غير ذكر ولا يجوز استثناؤه من العقد واسم العبد لا يتغير بفواته وبقائه والبيع يلاقى العين والثمن يكون بمقابلة الاصل دون الوصف فاذا كان الفائت وصفاً قلنا ان فات بغير صنع أحد فقد فات تبعا لامقصودا فلا يقابله شيء من الثمن وان فات بجناية البائع فقد صار مقصودا بالجنس وفسخ العقد فيه فيقابله بعض الثمن لامحالة بخلاف العبدين وكل واحد منهما هناك يدخل فى العقد مقصودا يوضحه ان الوصف لاينفرد بالعقد فلاينفرد بضمان العقد أيضاً والثابت ببقاء يد البائع ضمان العقد فلا يظهر ذلك في الوصف اذا فات من غير صنعه بخلاف المغصوب فهو مضمون بالتناول والوصف ينفرد بالتناول

فيفرد أيضاً بضمان التناول وكذلك ان كان البائع هو الذى جنى عليه فسقوط حصته من الثمن هنا باعتبار تناول البائع اياه وحبسه اياه والوصف يفرد بذلك وكذلك ان قطع العبد يد نفسه فهو كما لو شلت يده بغير فعل أحد لأن فعله بنفسه هدر وان قطع أجنبي يد العبد فالمشترى بالخيار فان اختار امضاء العقد فعليه جميع الثمن واتبع القاطع بنصف القيمة لان جناية القاطع على ملكه والقيمة الواجبة عليه تقوم مقام الفائت فباعتبارها يبقى جميع الثمن على المشترى وهذا الان وجوب ضمان القيمة على الجانى ليس بحكم العقد بل بسبب الجناية ألا ترى أنه يبقى عليه وان فسخ المشتري العقد بالرد بخلاف ما إذا كان الجانى هو البائع فانه لو لزمه ضمان القيمة انما يلزمه بحكم العقد ألا ترى أنه لا يبقى بعد فسخ العقد بالرد فلا يجوز استحقاق القيمة فى الذمة بحكم البيع فاذا أخذ من القاطع نصف القيمة تصدق بما زاد على نصف القيمة على نصف الثمن لان هذا ربح حصل فى ضمان غيره لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن وعند الشافعى لا يلزمه التصدق بشيء وأصل الخلاف فى القتل فان العبد المبيع لو قتله أجنبي وقيمته ألفا درهم وقد اشتراه بألف درهم فاختار المشترى امضاء العقد وأخذ القيمة من القاتل فعليه أن يتصدق بالفضل عندنا لأنه ربح حصل لا على ضمانه ولان القبض له مشابهة بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ومبادلة الألف بالالفين ربا فقبض الالفين بحكم العقد بمقابلة الألف تمكن من شبهة الربا فيلزمه التصدق وعند الشافعى لا يلزمه ذلك لان حكم الربا عنده انما يثبت باعتبار الشرط في العقد فاذا لم يكن مشروطاً فى العقد لا تمكن باعتباره الربا والمشترى إنما يعطى الثمن بمقابلة العبد لا بمقابلة القيمة وإنما استوفي القيمة باعتبار أنه بدل ملكه فهو كما لو قتل بعد قبضه وان اختار المشترى فسخ البيع فان البائع يتبع الجانى بنصف القيمة أيضا لأن العقد انفسخ برد المشتري من الاصل فيبقى جناية القاطع علي ملك البائع ورجع عليه بنصف القيمة ويتصدق أيضا بما زاد من نصف القيمة على نصف الثمن لان أصل الجناية حصل لا على ملك البائع وان كان باعتبار المال يجعل كالحاصل على ملكه وتأثير الملك فى سلامة الربح أكثر من تأثير الضمان فاذا كان يلزمه التصدق بالربح الحاصل على ملكه دون ضمان فلأن يلزمه التصدق بالربح الحاصل لا على ملكه أولى ولو كان المشتري هو الذى قطع يد العبد صار قابضا لجميع العبد لانه أتلف نصفه بقطع اليد وفى الاتلاف قبض وزيادة وغير مابقى بفعله والمشتري بصنع معين للمعقود

عليه يصير قابضاً يوضحه انه لو تخلى به كان قابضا له وبقطع يده يكون متخليا بما بقى منه وزيادة فان هلك العبد فى يد البائع من القطع أو من غيره قبل أن يمنعه البائع من المشترى فعلى المشترى جميع الثمن لانه صار قابضاً لجميع العبد وبالقبض يتحول المبيع الى ضمانه فاذا هلك قبل أن يمنعه البائع كان هالكا فى ضمان المشترى فيتقرر عليه جميع الثمن سواء هلك بسراية القطع أو بسبب آخر وان كان البائع منعه ثم مات من القطع فعلى المشترى جميع الثمن أيضا لأن القطع اذا اتصلت به السراية فهو قتل حكما ومنع البائع اياه لايقطع السراية عن الجناية لان هذا المنع لايتبدل المالك والمستحق إنما يفوت يد المشترى واذا كان حكم الجناية يثبت بدون يده فلان يبقى بدون يده أولى وان مات من غير القطع فعلى المشترى نصف الثمن لأن البائع لما منع الباقى بالثمن فقد صار مستردا له بحق فاسخا لقبض المشترى فيه ولو قبضه المشترى حقيقة قبل نقد الثمن فاسترده البائع وحبسه بالثمن انتقض به حكم المشترى فكذلك اذا صار قابضا لما بقى منه باعتبار الجناية واذا انفسخ قبض المشترى فيه كان هالكا فى ضمان البائع فسقط حصته من الثمن وهو النصف فاما نصف الثمن فقد تقرر على المشترى بقطع اليد لان اليد من الآدمى نصفه ولا يتصور الاسترداد فى الجزء الفائت فان قطع البائع أولاً يده ثم قطع المشترى رجله من خلاف ثم برىء منهما جميعا فالعبد لازم للمشترى بنصف الثمن ولا خيار له فيه لان البائع بقطع اليد فوت نصفه فسقط نصف الثمن وثبت الخيار للمشترى بنصف الثمن فلما قطع المشترى رجله فقد صار مسقطا لخياره لانه قابض لجميع مابقى متلف لبعضه ومجرد قبضه بعد العلم بالعيب يسقط خياره فقبضه مع الاتلاف أولى أن يكون مسقطا لخياره ولو كان المشترى هو الذى قطع يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرئ منهما كان المشترى بالخيار ان شاء أخذ العبد وأعطى ثلاثة أرباع الثمن وان شاء تركه وعليه نصف الثمن لان بقطع اليد تقرر علي المشتري نصف الثمن ثم البائع بقطع الرجل بعد ذلك صار مفوتا قبض المشتري في الباقى متلفا لنصف ما بقى فيسقط عن المشترى نصف مابقى من الثمن وهو ربع جميع الثمن ويثبت له الخيار فيما بقى من العبد لانه تغير المعقود عليه في ضمان البائع بفعله ولم يوجد من المشترى بعد ذلك ما يكون دليل الرضا منه فان شاء فسخ العقد فيما بقى منه وعليه نصف الثمن بقطع اليد وان شاء أخذ مابقى وعليه نصف الثمن بقطع اليد وربعه بمقابلة مابقى من العبد ولو كان المشترى نقد الثمن ولم يقبض

العبد حتى قطع المشتري يده ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرئ منهما فالعبد للمشتري ولا خيار له فيه لان المشتري صار قابضا لجميع العبد باتلاف النصف بقطع اليد ثم بقطع البائع رجله لا ينتقض قبض المشتري فى شئ لان الثمن قد سلم للبائع وليس له بعد استيفاء الثمن حق نقض قبض المشترى فلهذا لايجعل قطعه الرجل ناقضا قبض المشتري بخلاف ما تقدم فى البائع. هناك لم يستوف الثمن وله ان ينقض قبض المشترى مالم يصل اليه الثمن واذا بقى حكم قبض المشترى كان البائع في قطع الرجل كاجنبي آخر فعليه نصف قيمة قطع اليد وعلى المشترى جميع الثمن لبقاء حكم قبضه فى جميع العبد ولا خيار للمشتري لان المعقود عليه انما تغير لعدم تمام قبض المشترى * قال ولوكان البائع أولا قطع يده ثم قطع المشترى رجله فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن لأن بقطع البائع يده يسقط نصف الثمن ويتخير المشتري الا أن خياره يسقط بقطعه رجله فكان العبد لازماله بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذى أعطاه* قال واذا اشترى عبدا بألف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشترى رجله من خلاف فمات من ذلك كله فى يد البائع فعلى المشترى ثلاثة أثمان الثمن لأن البائع بقطع اليد صار متلفا نصفه ثم المشترى بقطع رجله صار متلفا نصف مابقى وهو الربع تلف بسراية الجنايتين فنصفه يكون هالكا بسراية جناية البائع وانما تعتبر السراية فى الحكم بأصل الجناية وحكم أصل جناية البائع سقوط الثمن بحصة ماتلف به فكذلك حكم سراية جنايته وحكم أصل جناية المشترى تقرر الثمن عليه فكذلك حكم ماتلف بسراية جنايته فيحتاج الى حساب تقسم ربعه نصفين وذلك ثمانية فقد تلف بأصل جناية البائع أربعة وبسراية جنايته سهم فلهذا سقط عن المشترى خمسة أثمان الثمن وتلف بجناية المشترى سهمان وبالسراية سهم فعليه ثلاثة أثمان الثمن. فان قيل فاين ذهب قولكم ان المشترى بجناية يصير قابضا لما أتلف ولما بقى منه. قلنا هو كذلك ولكن للبائع حق الاسترداد فيما بقى مالم يصل اليه الثمن فيكون مستردا لما تلف بسراية جنايته لأن تأثير سراية جنايته فوق تأثير حبسه وقد بينا أنه لو حبسه بعد جناية المشترى انتقض به قبض المشترى إلا فيما تلف بسراية جناية المشتري فلان ينتقض حكم قبض المشترى فيما تلف بسراية جناية البائع كان أولى ولو كان المشترى هو الذى قطع يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف فمات من ذلك فعلى المشترى خمسة أثمان الثمن وبطل عنه ثلاثة أثمان الثمن لانه

تلف بجناية المشترى النصف وهو أربعة من ثمانيـة وبسراية جنايته سهم فيلزمه خمسة أثمـان الثمن وتلف بجناية البائع سهمان وبسراية جنايته سهم فكما انتقض قبض المشترى فيما تلف بجناية البائع فكذلك ينقض فيما تلف بسراية جنايته فلهذا سقط عنه ثلاثة أثمان الثمن وان كان الثمن منقوداً والمشترى هو البادئ بالجناية فعليه جميع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبـد ولم ينتقض قبضه فى شئ بجناية البائع لانه لاحق للبائع فى نقض قبضه بعـد وصول الثمن اليه فلهذا كان عليـه جميع الثمن وعلى البائع ثلاثة أثمان قيمته صحيحاً لانه تلف بأصل جنايته نصف مابقى منه وهو ربع العبد وبسراية جنايته ربع مابقى منه وذلك ثلاثة أثمان جميع العبد فيلزمه ثلاثة أثمان قيمته صحيحا والبائع في هـذه الحالة كاجنبي آخر فان كان البائع هو البادئ بالقطع رد البائع على المشترى نصف الثمن الذى أعطاه لانه بقطع اليـد أتلف نصفه قبل أن يصير المشترى قابضاً له فينفسخ البيع فى ذلك النصف ويجب عليـه رد نصف الثمن ثم المشترى بقطع الرجل صار قابضا جميع مابقى قبضاً تاماً فيتقرر عليه نصف الثمن إلا أن نصف مابقى تلف بجناية المشـتري والنصف بسراية الجنايتين فما تلف بسراية جناية البائع وهو الثمن فعلى البائع حصة ذلك من قيمة العبد لأن التالف بسراية الجناية كالتالف بأصل الجناية ولو تلف بجنايته بعدما تم قبض المشترى فيه كان الواجب عليه ضمان القيمة فكذلك ماتلف بسراية جنايته فلهذا ألزمه ثمن قيمة العبد للمشترى . فان قيل قد قلتم ان للقبض مشابهة بالعقد واذا كان بأصل العقد بعد الجناية ينقطع حكم السراية فان قطع يد عبد نفسه ثم باعه فكذلك بقبض المشترى بعد جناية البائع ينبغى أن ينقطع حكم السراية . قلنا عيب المبيع لا تقطع حكم السراية ولكن تبدل المستحق سبب للبيع هو القاطع للسراية لان المستحق هو المالك وقد انتقل الى ملك المشترى بالبيع وهذا المعنى لا يوجد فى القبض وبه لا يتبدل المالك والمستحق فان قيل معنى التبدل هنا يحصل حكماً أيضاً فان ماتلف بأصل الجناية قبل القبض يتلف على ملك البائع وما تلف بسراية جنايته يتلف على ملك المشترى ويتبين ذلك بالموجب فان باعتبار ماتلف بجناية البائع سقط الثمن عن المشتري وباعتبار ماتلف بجنايته يجب القيمة على البائع قلنا لا كذلك بل العبد بنفس العقد صار مملوكا للمشترى فجناية البائع تصادف ملك المشترى وهو سبب لضمان المتلف للمشترى عليه الا أن قبض المشترى يفوت فيما تلف بأصل جنايته ومن ضرورة فوات قبضه انفساخ البيع فيه فيسقط حصته من الثمن

بذلك فأما ماتلف بسراية فلم يفت قبض المشترى فيه فلهذا كان مضمونا بالقيمة على البائع وتبين بهذا ان اختلاف الحكم لاجل فوت قبض المشترى لان حكم السراية مخالف لحكم أصل العقد فى حكم الضمان وهذا هو الجواب عن الاشكال الذى يرد على أبى حنيفة في مسئلة سراية القصاص ان القطع مع السراية لا يكون قتلا من أصله اذا كان حكم أصل الفعل مخالفا لحكم السراية بدليل هذه المسئلة ولو كان المشترى حين اشتراه نقد الثمن أو لم ينقده حتى قطع البائع يده ثم قبضه المشترى باذن البائع أو بغير اذنه فمات فى يد المشترى من جناية البائع عليه بطل على المشترى نصف الثمن بقطع البائع يده ولا ضمان على البائع فيما هلك فى يد المشتري بجناية البائع لان المشترى باقدامه على القبض صار راضياً بما بقى منه وذلك قاطع لحكم سراية جناية البائع بمنزلة الرد فلهذا كان على المشترى نصف الثمن ولان القبض مشابه بالعقد ولو اشتراه بعد قطع البائع يده انقطع به حكم السراية لأن المشترى صار راضياً بقبضه بحكم الشراء فكذلك في هذا الموضع ولا يشبه قبض المشترى في هذا الوجه قبضه فى الوجه الاول بالجناية عليه أو بعيب يحدثه فيه وكل شئ يحدثه من جناية البائع بعدما يحدث المشتري فيه جناية فان كان الثمن غير منقود بطل عن المشتري من الثمن بحساب ماهلك منه بجناية البائع واذا كان الثمن منقودا فعلى البائع فيه القيمة واذا كان القبض بعد جناية البائع باخذ المشتري اياه فلا ضمان على البائع فيما هلك من جنايته فى يد المشترى من القيمة ولا يبطل عنه شيء من الثمن باعتباره لأن القبض بالجناية حكمى فانما يظهر أثره فيما تلف به ولا تنقطع السراية التى انعقد سببها بجناية البائع فاما القبض بالاخذ فحتى يظهر فى جميع مابقي من العبد وله مشابهة بالعقد فينقطع به حكم سراية جناية البائع وهذا لأن بالقبض حسا يجعل راضيا بما بقى من العبد بعد جناية البائع وبالجناية لا يكون راضيا بتقرر ملكه فيما بقى بل هو متلف فانما ينقطع حكم سراية جناية البائع فيما يتلف بجناية المشترى أو بسراية جنايته ضرورة ألا ترى أن رجلا لو قطع يدعبده ثم غصبه منه غاصب فمات فى يده من جناية المولى كان على الغاصب قيمته يوم غصبه ولو لم يغصبه ولكنه جنى عليه فمات العبد من الجنايتين كان على الجانى ضمان ماتلف بجنايته وسراية جنايته ولو لم يكن عليه ضمان ما تلف بسراية جناية المالك فيه يتضح ماسبق من الفرق بين القبض حسا وبين القبض بحكم الجناية قال واذا اشترى الرجل عبداً من رجل فلم ينقده الثمن حتى قبض بغير

اذن البائع فقطع البائع يده في يد المشترى ولم يأخذه حتى مات العبد من قطع اليد أو غير ذلك في يد المشترى فان كان مات من قطع اليد فقد بطل البيع ولا شيء على المشتري فيه لان حق البائع في الحبس لم يسقط بقبض المشترى اياه بغير اذنه والسراية اذا اتصلت بالجناية كانت قتلا من أصله فكان البائع قتله في هذه الحالة في يد المشترى فيصير مستردا له ينفسخ العقد فيه فيسقط الثمن عن المشترى واذا مات من غير قطعه فعلى المشترى نصف الثمن لأن البائع إنما صار مستردا لنصفه بقطع اليد فانما انتقض قبض المشتري في ذلك النصف وبقى النصف الآخر هالكا في ضمان المشترى وهذا بخلاف ماتقدم اذا قطع المشترى يده في يد البائع ثم هلك لا من ذلك القطع ولم يحدث البائع فيه منعا فعلى المشترى جميع الثمن ويجعل قابضا لجميع المعقود عليه باتلاف نصفه وهنا لم يجعل البائع مستردا لجميع العبد باتلاف نصفه لان في الوجهين جميعا بقطع اليد يتمكن من قبض مابقى منه فيجعل بمنزلة التخلي به والمشترى بالتخلية يصير قابضا فبالجناية أيضا يصير قابضا والبائع بالتخلي بالمبيع لايصير مستردا فكذلك بالجناية لايصير مستردا لما بقى منه وهذا لأن الملك للمشترى والملك ممكن له من القبض فيمكن أن يجعل قابضا للبعض بالاتلاف ولما بقى منه بالتخلي به لكونه مملوكا له فاما البائع فليس بمالك وانما حقه في الحبس باعتبار يده . ألا ترى أنه لو سلم المعقود عليه لم يكن له بعد ذلك أن يحبسه فكذلك استرداده لايظهر إلا فيما ظهر فيه عمله بيده وذلك فيما يتلف بجنايته أو بسراية جنايته واذا اشتراه ولم ينقده الثمن حتى أحدث المشترى فيه عيبا ينقصه من الثمن فهذا بمنزلة قطعه يده في أنه يصير قابضا لجميعه ويتقرر عليه جميع الثمن ان تلف بعد ذلك بآفة سماوية . ولو باعه المشترى بعد ماأحدث فيه وقبضه الذى اشتراه منه كان بيعه جائزا وبه تبين انه صار قابضا لجميع العبد بما أحدث وهو اشارة الى ماذكرنا أنه مالك للعبد والملك مطلق له حق القبض والتصرف * قال واذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها رجلا كان النكاح جائزا لأن ولاية التزويج تثبت بملك الرقبة والملك حصل للمشترى بنفس العقد والتزويج من التصرفات التي لايمتنع صحتها لاجل الغرر. ألا ترى أن تزويج الآبقة والرضيعة يجوز فكان التزويج نظير العتق واعتاق المشترى قبل القبض صحيح فكذلك تزويجه ولهذا يجوز من الراهن تزويج الجارية المرهونة كما ينفذ عتقه ثم في القياس يصير المشترى قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن أبي يوسف حتى اذا هلكت بعد ذلك فهو من مال المشترى لأن التزويج عيب فيها والمشترى اذا

عيب المعقود عليه يصير به قابضا أو يجعل التزويج كالاعتاق أو التدبير فكما يصير المشترى قابضا بذلك فكذلك بالتزويج ولكنه استحسن فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى اذا هلكت فهى من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه تقل رغائب الناس فيها وينتقص لاجله الثمن فهو فى معنى نقصان السعر أو التزويج لما كان عيبا من طريق الحكم فهو نظير الاقرار عليه بالدين والمشترى لو أقر عليها بدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي فذلك باعتبار فعل يتصل من المشترى عينها وهو اتلاف لجزء من عينها فاما إن يصير قابضا لما بقى بالتخلى بها أو لان المشترى لا يتمكن من قبض البعض دون البعض فمن ضرورة كونه قابضا لما أتلف أن يكون قابضا لما بقى منه وبه يفرق بين قبض المشترى واسترداد البائع فالبائع يملك استرداد البعض ليحبسه بالثمن دون القبض فلا يجعل بتفويت البعض مسترد لما بقى وهذا بخلاف الاعتاق لانه انهاء للملك واتلاف للمالية ولهذا يثبت به الولاء فمن ضرورته أن يصير قابضا والتدبير نظير العتق فى استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبرة فان وطئها الزوج ثم ماتت بعد ذلك ماتت من مال المشترى ان نقصها الوطء أو لم ينقصها لان الزوج انما وطئها بتسليط المشترى اياه على ذلك فيكون فعله كفعل المشترى ولو كان المشترى هو الذي وطئها بنفسه ثم ماتت فعليه جميع ثمنها لأنه بالوطء قد تخلى بها والوطء بمنزلة اتلاف جزء منها فكذلك اذا وطئها الزوج بتسليط المشتري وان كان البائع منعها من المشترى بعد وطء المشترى أو تزوج اياها ولم ينقصها الوطء شيئا ثم ماتت فلا شيء على المشترى من الثمن ولا من العقر لأن البائع صار مستردا لها بحبسه اياها بالثمن ومنع المشترى منها ولم يتلف بالوطء شيئا من ماليتها لان المستوفى بالوطء وان كان فى حكم جزء من عينها فذلك جزء ليس بمال والثمن بمقابلة ماهو مال فلهذا لا يتقرر على المشترى شيء من الثمن ولا عقر عليه لانه وطئها فى ملكه ووطء الانسان فى ملك نفسه لا يلزمه العقر وان كانت بكرا أو كان الوطء نقصها لم ينظر الى العقر ولكن ينظر الى ماينقصها الوطء فيكون عليه حصة من الثمن لانه فات جزء من ماليتها بفعل المشترى فيتقرر عليه حصة ذلك من الثمن كما لوفقأ المشترى عينها ثم استردها البائع فهلكت وهذا لأن البكارة فى حكم جزء من المالية ولهذا يصير مستحقا بالبيع اذا اشترط فبوطء المشترى ان

كانت بكرا يفوت جزء من المالية وقد بينا أن الوصف الذى هو مال يقابله حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالتناول واذا كان البائع هو الواطئ لم ينظر الى العقر ولكنه ينظر الى النقصان فان كان لم ينقصها شيئا أخذها المشترى بجميع الثمن وان كان نقصها شيئا حط عنه حصة النقصان وأخذها بما بقى من الثمن فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا لم ينقصها الوطء يقسم الثمن على العقر والقيمة فيسقط حصة العقر من الثمن عن المشترى فان نقصها الوطء ينظر الى الأكثر من العقر ومن النقصان فيقسم الثمن عليه وعلى قيمتها ويبطل على المشترى حصة ذلك الثمن ويأخذها بحصة القيمة من الثمن لانها بالعقر صارت مملوكة للمشترى فوطء البائع حصل فى ملك الغير والوطء فى ملك الغير لاينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر ولكن لا يمكن استيفاء العقر من البائع لانها فى ضمانه بالثمن فيعتبر العقر لاسقاط حصته من الثمن وهذا لان الوطء فى ملك الغير بمنزلة الجناية فكما ان جناية البائع عليها قبل التسليم تعتبر في اسقاط حصة من الثمن لافي ايجاب الضمان فكذلك وطؤه اياها إلا أنها إذا كانت بكرا فالممكن هنا اعتبار معنى نقصان البكارة والعقر بسبب الوطء ولكن يتعذر الجمع بينهما بسبب فعل واحد فيدخل الاقل فى الاكثر ويعتبر الانقسام على القيمة وعلي الاكثر منهما وأبو حنيفة رحمه الله يقول الجارية قبل التسليم في ضمان البائع وقد جعل ذلك فى حكم ضمان الفعل بمنزلة حقيقة الملك ألاترى أنه لايلزمه بالجناية ارش ولا بالوطء عقر يستوفى منه فكما ان وطأه اياها لو حصل فى حال قيام ملكه فيها لم يكن موجبا للعقر أصلا فكذلك اذا حصل فى ضمان ملكه وهذا لان المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين كما قال ولكنه جزء ليس بمال فاذا لم يمكن نقصانا فى ماليتها والثمن بمقابلة المالية لايمكن اسقاط شيء من الثمن باعتباره وبه فارق الجناية فانه يمكنه نقصانا فى المالية نقول انه يسقط بحصة ذلك النقصان من الثمن يوضحه أن الجارية فى حكم الوطء انما تصير مملوكة للمشترى بالقبض وقبل القبض هى كالمملوكة للبائع في حكم ضمان الوطء ولهذا لا يحتسب بالحيضة التى توجد فى يد البائع من استبراء المشترى وأن المشترى لو زوجها ثم قبضها لم يكن عليه أن يستبرئها اذا طلقها الزوج فوطء البائع اياها قبل التسليم من هذا الوجه بمنزلة وطئه اياها قبل البيع وبهذا الطريق قال أبو حنيفة لاخيار للمشترى أيضا بمنزلة مالو وطئها البائع قبل

القبض ولم ينقصها الوطء ثم علم المشترى بذلك لم يكن له فيها خيار وان كانت بكر افنقصها الوطء ثبت الخيار للمشترى لفوات جزء من المالية بمنزلة مالو ذهبت البكارة من غير صنع أحد . يوضحه ان المستوفى بالوطء في حكم جزء هو ثمرة لانه من حيث الصورة استيفاء منفعة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فاتلاف البائع جزأ مما هو ثمرة لايثبت الخيار للمشتري عند أبي حنيفة اذا لم يتمكن نقصان فى مالية العين كاتلاف ولد الشاة وثمرة الاشجار فاذا لم يمكن نقصانا فى العين ثبت الخيار للمشترى لأجله كما لو ولدت الجارية فأتلف البائع ولدها وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيما إذا كانت بكرا تخريجا هو ألطف من هذا فقال ينظر الى نقصان البكارة والعقر أيقسم الثمن أولا على نقصان البكارة وعلى قيمتها فيسقط نقصان البكارة من الثمن ثم يقسم مابقى من الثمن على قيمتها وعلى مابقى من العقر فسقط حصة العقر من الثمن وبيانه إذااشتراها بمائة وقيمتها مائة ونقصان البكارة عشرون والعقر أربعون فانه يسقط أولا باعتبار نقصان البكارة عشرين درهما ثم يقسم مابقى من الثمن وذلك ثمانون درهما على قيمتها وهى ثمانون وعلى مابقى من العقر وهو عشرون فيقسم أخماسا بأن يجعل كل عشرين سهما فيسقط عنه خمس مابقى وذلك ستة عشر درهما وانما يأخذها بما بقى وذلك أربعة وستون درهما *قال واذااشترى عبدا بألف درهم فلم يقبضه ولم ينقد الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشترى وأجنبي رجله من خلاف فعلى المشترى ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمن الثمن حصة جنايته وجناية الاجنبي ويبطل عنه جناية البائع أربعة أثمان الثمن وثلثا ثلث الثمن لأن البائع بقطع اليد أتلف نصفه والمشترى مع الأجنبي بقطع الرجل أتلف نصف مابقى ثم مابقى وهو الربع تلف بجناية ثلثه فيكون ثلث ذلك الربع هالكا بجناية كل واحد منهم وأصل السهام من ثمانية ثم انكسر بالاثلاث فيضرب ثمانية فى ثلاثة فيكون أربعة وعشرون ثم انكسر بالانصاف لان ماتلف بجناية المشترى والاجنبي يكون نصفين بينهما فتضعف أربعة وعشرون للكسر بالانصاف فيكون ثمانية وأربعين التالف بجناية البائع أربعة وعشرون وبسراية جنايته أربعة فذلك ثمانية وعشرون وذلك أربعة أثمان العبد وثلثا ثمنه لأن سهام العبد ثمانية وأربعون كل ثمن ستة فأربعة وعشرون أربعة أثمان وأربعة ثلثا الثمن وجنايته موجبة سقوط الثمن فلهذا سقط أربعة أثمان الثمن وثلثا الثمن ويتقرر على المشترى ثلاثة أثمان الثمن وثلث الثمن حصة ماتلف بجنايته وحصة

ماتلف بجناية الاجنبي لأن الاجنبي ضامن للقيمة فيبقى البيع فيما تلف بجناية الاجنبي تبعا لبدله والتالف بجنايتهما وسراية جنايتهما فى الحاصل عشرون وذلك ثلاثة أثمان العبد وثلث ثمنه ويرجع المشترى على الأجنبي بثمن القيمة وثلثى ثمنها لان التالف بجناية الاجنبي نصف العشرين وهو عشرة وذلك ثمن العبد وثلثا ثمنه فيرجع المشترى عليه بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة ولا يتصدق بشيء منه وان كان فيـه فضل على حصة من الثمن لان المشترى بجنايته يصير قابضا وجناية الاجنبي اقترنت بجناية المشترى ووجوب القيمة عليه بعد الجناية فعرفنا ان الوجوب على الاجنبي بعد قبض المشترى فكان ذلك ربحا على ملكه وضمانه ولو كان البائع والاجنبي هما اللذ ن قطعا اليد أولا ثم قطع المشترى رجله من خلاف فمات من ذلك كله فهو على ما ذكرنا من التخريج يرتفع سهام العبد الى ثمانيـة وأربعين والفائت بجناية البائع والأجنبي أربعـة وعشرون وبسراية جنايتهما ثمانيـة وذلك اثنان وثلاثون بينهما نصفان فيكون الفائت بفعل كل واحد منهما ستة عشر وبجناية المشترى اثنى عشر وبسراية جنايته أربعـة فذلك ستة عشر فاما ماتلف بفعل البائع فيسقط ثمنه عن المشترى وذلك ثمنا الثمن وثلثا ثمنه كل ثمن ستة وما سوى ذلك قيمته واجبة على المشتري أما حصة ماتلف بجنايته فغير مشكل وكذلك حصة ماتلف بجناية الاجنبي لانه قد وجب عليه بدله وهو القيمة فعرفنا أنه يقرر على المشترى خمسة أثمـان الثمن وثلث ثمن الثمن ويرجع المشـترى على الاجنبي بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة فيكون ذلك على عاقلته فى ثلاث سنين لأن الجناية على طرف المملوك اذا اتصلت بالنفس تتحملها العاقـلة وكما ان بدل النفس كله يكون مؤجلا فى ثلاث سنين فكذلك كل جزء من بدل النفس فعرفنا انها على الاجنـبي وذلك ثمنا القيمـة وثلثا ثمنها يؤخذ من عاقلته فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلث ذلك فاذا قبض المشترى ذلك فانه يقابل مقدار ربع القيمة بربع الثمن فان كان فيـه فضل تصدق بالفضل لان مقدر الربع وجب بأصـل جناية الاجنبي وقـد كان ذلك قبـل قبض المشتري فهـذا ربح حصـل لا في ضمانه فيتصدق به بالفضـل وأما ثلثا ثمن القيمة فهو سالم للمشترى لا يتصدق بشيء منـه لان وجوب ذلك على المشترى بسراية جنايته وقد كان ذلك بعد ماصار المشتري قابضا له بالجناية فهو ربح حصل في ضمانه ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبدا فلم يقبضه حتى قطع أجنبي يده ثم قبضه على ذلك ورضيه فمات فى يده من جناية الاجنبي عليـه فعلى عاقلة الاجنبي قيمة

العبد فى ثلاث سنين فاذا قبضها وفيها فضل تصدق بنصف الفضل لان ذلك ربح مالم يضمن واليد قطعت قبل دخول العبد فى ضمانه ولا يتصدق بنصف الفضل لأن السراية كانت بعد دخول العبد فى ضمان المشتري بالقبض *قال ولو قطع المشترى وأجنبي يده معاثم قطع البائع رجله من خلاف فمات من ذلك كله فالمشتري بالخيار لوجود الجناية من البائع بعد جناية المشترى فقد انتقص قبض المشترى فيما تلف بجناية البائع وصار ذلك لجنايته قبل قبض المشترى وذلك يثبت الخيار للمشتري للتغير ولم يوجد بعده من المشترى ما يكون دليل الرضا منه فلهذا يخير بين فسخ البيع وامضائه فان اختار البيع فعليه من الثمن خمسة أثمانه وثلث ثمنه وسقط عنه ثمنا الثمن وثلثا ثمنه حصة ماتلف بجناية البائع وبسراية جنايته وقد بينا على التخريج الاول ان التالف بجناية البائع اثنا عشرمن ثمانية وأربعين وبسراية جنايته أربعة فذلك ستة عشر وهو ثمنا العبد وثلثا ثمنه ثم يرجع المشترى على الأجنبي بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة لان التالف بجنايتهما أربعة وعشرون وسراية جنايتهما ثمانية فيكون اثنين وثلاثين نصف ذلك على الاجنبي وذلك ستة عشر فلهذا يرجع عليه بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة ولايتصدق بالفضل ان كان فى ذلك لأن جناية الاجنبي كانت مع قبض المشترى على مابينا ان المشترى بجنايته يصير قابضا وان اختار المشترى نقض البيع لزمه من الثمن حصة ماتلف بجنايته وسراية جنايته وذلك ثمنا الثمن وثلثا ثمن الثمن ويسقط عنه ماسوى ذلك لانفساخ البيع فيه ويرجع البائع على الاجنبي بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة لانه ظهر ان جناية الاجنبي حصلت على ملك البائع حين انفسخ البيع فما تلف بجنايته وسراية جنايته يقابل ذلك بما يخصه من الثمن فان كان فيه فضل يتصدق بالفضل لانه ربح حصل لا على ملكه لما بينا أن أصل الجناية لم تكن على ملكه *قال واذا اشترى الرجل من الرجلين عبدا بالف درهم فلم ينقدهما الثمن حتى قطع احد البائعين يد العبد ثم قطع الآخر رجله من خلاف ثم فقأ المشترى احدى عينيه فمات من ذلك كله فى يد البائعين فالمشترى مختار للبيع بجنايته بعدجناية البائعين لان جنايتهما أوجبت الخيار له ولكن جنايته بعد جنايتهما تكون دليل الرضا منه والاسقاط لخياره فيكون عليه من الثمن للقاطع الاول ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمن الثمن لان للقاطع الثانى ثمنا الثمن وخمسة أسداس الثمن لان القاطع الاول بجنايته اتلف النصف وذلك أربعة وعشرون من ثمانية وأربعين والقاطع الثانى بجنايته أتلف نصف مابقى

وذلك اثنا عشر ثم المشترى بفقء العين أتلف نصف مابقي وهوستة وما بقى وهو ستة تلف بثلاث جنايات فيكون على كل واحد منهم ثلث ذلك فكان حاصل ماتلف بجناية القاطع الاول وسراية جنايته ستة وعشرون نصف ذلك مما باع هوونصف مما باع شريكه ففى حصة ماباع هو يسقط من الثمن وذلك ثلاثة عشر وكل ثمن ستة فالثلاثة عشر تكون ثمن الثمن وسدس الثمن وقد كان للقاطع الاول أربعة أثمان الثمن فاذا سقط ثمناه وسدس ثمنه بقى له ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمنه فهذا يغرم المشترى له ذلك والتالف بجناية القاطع الثانى وسراية جنايته أربعة عشر نصف ذلك مما باعه هو فيسقط بحصته من الثمن ونصفه فيما باع شريكه كالاجنبي فعرفنا ان الساقط من حقه ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن بقي له ثمنا الثمن وخمسة أسداس ثمن الثمن فيغرم له المشترى ذلك ثم يرجع المشترى على القاطع الاول بثمنى القيمة وسدس ثمن القيمة وذلك ثلاثة عشر سهما من ثمانية وأربعين سهما حصة ما تلف بجنايته وسراية جنايته مما باعه شريكه لأنه فى الجناية على ذلك كأجنبي آخر فيلزمه القيمة ويكون ذلك على عاقلته فى ثلاث سنين وعلى عاقلة القاطع الثانى ثمن قيمة العبد وسدس ثمن قيمة حصة ماتلف بجنايته وسراية جنايته مما باعه القاطع الاول وذلك سبعة أسهم ويكون ذلك في ثلاث سنين لانه جزء من بدل النفس فيكون فى حكم التأجيل يعتبر الجميع بدل النفس ويتصدق المشترى بما زاد من ذلك كله على ماغرم من الثمن الافضل سدس ثمن قيمة العبد على ماكان بمقابلته من الثمن فان ذلك يطيب له لان ماوجب بأصل جناية كل واحد من البائعين انما وجب قبل قبض المشترى فيلزمه التصدق بالفضل فيه وأما ماتلف بسراية جناية كل واحد منهما فانما تلف بعد ماصار المشترى قابضا له فيطيب له الفضل فى ذلك القدر * قال واذا اشترى الرجلان من رجل عبدا فلم ينقده الثمن حتى قطع أحد المشتريين يده ثم قطع الآخر رجله من خلاف فمات العبد من ذلك كله فالبيع لازم للمشتريين بالثمن كله لأن المبيع تلف بفعلهما وذلك قبض منهما وزيادة ويرجع القاطع الاول على القاطع الثانى بثمن القيمة ونصف ثمن قيمته ويرجع القاطع الثانى على القاطع الاول بثمن قيمته ونصف من قيمته فيكون ذلك على عاقلة كل واحد منهما فى ثلاث سنين لأن القاطع الاول بجنايته أتلف النصف والقاطع الثانى اتلف نصف مابقى ثم تلف مابقى بسراية جنايتهما فيكون نصفه على كل واحد منهما

فحاصل ما اف بجناية القاطع الاول أربعة وعشرون وسراية جنايته ستة فذلك ثلاثون نصف ذلك مما اشتراه هو ونصفه مما اشتراه صاحبه فيجب عليه قيمة ذلك لصاحبه وذلك خمسة عشر سهما وخمسة عشر من ثمانية واربعين ثمناه ونصف ثمنه فلهذا يجب على عاقلة القاطع الاول ثمنا القيمة ونصف ثمنها والتالف بجناية القاطع الثانى وبسراية جنايته ثمانية عشر نصفه مما اشتراه صاحبه وهو تسعه وذلك ثمن ونصف ثمن فلهذا يجب على عاقلة القاطع الثانى ثمن القيمة ونصف ثمن القيمة فان كان البائع فقأ عينه بعد جنايتهما فمات من ذلك كله فللمشتريين الخيار لوجود الجناية من البائع ولم يوجد بعدها منهما مايكون دليل الرضا فان اختار انقض البيع فللبائع على القاطع الاول ثمنا الثمن وسدس ثمنه وعلى الثانى ثمن الثمن وسدس ثمنه لان التالف بجناية القاطع الاول أربعة وعشرون وبسراية جنايته سهمان ثلث مابقى بعد جناية البائع فذلك ستة وعشرون نصف ذلك ثلاثة عشر مما اشتراه هو فيقرر عليه حصة من الثمن وذلك ثمنا الثمن وسدس ثمنه ونصف ذلك مما اشتراه شريكه فقد انفسخ البيع فيه بفسخه فيغرم للبائع ثمنى القيمة وسدس ثمن القيمة لانه فيما اشترى شريكه كالاجنبي والتالف بجناية القاطع الثانى اثنا عشر وبسراية جنايته سهمان نصف ذلك وهو سبعة مما اشتراه فلزمه حصة من الثمن وهو ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن ونصفه مما اشتراه شريكه فينفسخ البيع فيه بفسخه ويغرم للبائع حصة من القيمة وذلك ثمن القيمة وسدس ثمنها فان اختار امضاء البيع كان على كل واحد منهما ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنه لانه انما سقط من الثمن ماتلف بجناية البائع وسراية جنايته والتالف بجنايته ستة وبسراية جنايته سهمان فذلك ثمن وثلث ثمن والباقى عليهما من الثمن ستة أثمان الثمن وثلثا ثمن على كل واحد منهما ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنه ويرجع القاطع الثانى على الاول بثمنى القيمة وسدس ثمنها لما بينا ان التالف بفعله مما اشتراه القاطع الثانى ثلاثة عشر سهما فيلزمه قيمة ذلك وذلك ثمنا القيمة وسدس ثمنها لانه تلف بفعل الثانى مما اشتراه الاول سبعة أسهم وذلك ثمن وسدس ثمن فلا تقع المقاصة بينهما فيه لأن مايجب على كل واحد منهما من ذلك يكون على عاقلته فى ثلاث سنين فلاتقع المقاصة فيه مع اختلاف من يجب عليه * قال واذا اشترى عبدا بألف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشترى يده الاخرى أو قطع رجله التي فى جانب اليد المقطوعة فمات من ذلك كله فقد بطل على المشترى بقطع البائع يد العبد نصف الثمن لأن اليد من الآدمى

نصفه ثم ينظر الى مانقص العبد من جناية المشترى عليه في قطع يده أو رجله بخلاف ماسبق وهو ما اذا قطع رجله من خلاف لان فعله هناك ليس باستهلاك فانه غير مفوت لجنس المنفعة فلهذا يجعل التالف بفعله نصف مابقى وهنا فعله استهلاك حكما لانه ان قطع اليد الاخرى فقد فوت منفعة البطش وتفويت منفعة الجنس يكون استهلاكا من طريق الحكم ولهذا لايستحق ذلك في السرقة ولا يجوز اعتاق مقطوع اليدين في الكفارة فان قطع الرجل التي من جانب اليد المقطوعة فقد فوت عليه منفعة المشي لانه لايمكنه أن يمشي بعصا بخلاف ما اذا قطع الرجل من خلاف فعرفنا أن هذا استهلاك وان النقصان فيه أكثر فلهذا اعتبرنا النقصان فان كانت هذه الجناية نقصته أربعة أخماس مابقى بأن كانت قيمته بعد قطع اليد ألف درهم وتراجعت قيمته بجناية المشترى الى مائتي درهم فقد تقرر على المشترى أربعة أخماس نصف الثمن ثم الباقي وهو خمس النصف تلف بجنايتهما فيكون نصف ذلك على المشترى فصار حاصل ماعلى المشترى من الثمن أربعة أعشار الثمن ونصف عشر الثمن وسقط عنه بجناية البائع وسراية جنايته خمسة أعشار ونصف عشر * قال فان بدا المشتري فقطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات من غير ذلك ولم يحدث البائع فيه منعا فعلى المشترى ثلاثة أرباع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبد ثم انما ينتقض حكم قبضه فيما تلف بفعل البائع خاصة والتالف بفعل البائع نصف مابقى منه وهو ربع العبد فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويلزمه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصة ماتلف بجنايته وربع الثمن حصة مابقى من العبد لان حكم قبض المشتري بقى فيه وقد تلف لا بسراية جناية البائع فيتقرر ثمنه على المشترى ولو لم يمت العبد وبرأ كان المشترى بالخيار لان حكم قبضه انتقض فيما تلف بجناية البائع وذلك يثبت الخيار للمشترى ولم يوجد منه بعد ذلك مايدل على الرضا فكان على خياره ان شاء أخذه وأعطاه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصة ماتلف بقطعه اليد وربع الثمن حصة الباقي من العبد وان شاء تركه وأعطى نصف الثمن بقطعه اليد ولو أراد المشترى أخذه فمنعه البائع حتى يعطيه ثلاثة أرباع الثمن فمات في يده من غير جنايتهما فليس على المشترى الا نصف الثمن لأن حكم قبضه انتقض فيما بقى حين منعه البائع فانما تلف مابقى في ضمان البائع فلهذا لا يجب على المشترى من الثمن الا حصة اليد وذلك نصف الثمن والله أعلم

باب زيادة المبيع ونقصانه قبل القبض

قال واذا اشترى الرجل جارية بألف درهم وقيمتها ألف درهم فولدت عند البائع بنتا تساوى ألف درهم ونقصت الولادة الام فالمشترى بالخيار ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء تركهما لانها تعيبت فى ضمان البائع والعيب الحادث قبل القبض فيها يجعل كالمقترن بالعقد ونقصان الولادة وان كان منجبرا بالولد فالخيار يثبت للتغير كما لو قطعت يدها وأخذ البائع الارش فان اختار المشترى أخذهما فلم يأخذهما حتى ولدت البنت بنتا تساوى ألفا وقد نقصتها الولادة فالمشترى أيضاً بالخيار لان الزيادة الحادثة قبل القبض كالموجودة عند العقد حتى يصير بمقابلتها حصة من الثمن اذا قبضت وأنه يثبت للمشترى فيها حق القبض كما يثبت فى الاصل فكما أنه يستحق سلامة الاصل عن العيب ويثبت له الخيار اذا لم يسلم فكذلك يثبت الخيار للنقصان المتمكن في الزيادة بسبب الولادة لانه انما رضى بنقصانها على أن يسلم له الزيادة سليمة عن النقصان فاذا لم يسلم كان هو على خياره فاذا زادت الوسطى حتى صارت تساوى ألفين فقبضهن جميعا والام قد رجعت قيمتها الى خمسمائة ثم وجد بالام عيبا ردها بربع الثمن وهذا لأن الوسطى والسفلى كلاهما زيادة فى الام فان الوسطى تبع الام فى العقد ولا تبع للتبع فاذا لم يمكن جعل السفلى تبعا للوسطى جعلناهما كولدين للام ثم الاصل في قسمة الثمن انه يعتبر قيمة الام وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض لأن الزيادة انما تصير مقصودة بالقبض وانما يكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة فاما البيع فلا حصة له من الثمن مالم يصر مقصودا كأطراف المبيع وقيمة الام عند العقد ألف درهم وقيمة الوسطى عند القبض ألفان وقيمة السفلي ألف فجعلنا كل ألف سهما وإذا جعلنا كل ألف سهما انقسم الثمن على أربعة أسهم سهم بازاء الام فيردها بذلك اذا وجد العيب بها وسهمان بازاء الوسطى فيردها بالعيب بنصف الثمن وسهم بازاء السفلى فيردها بالعيب بربع الثمن لأن كل واحدة منهن لما صارت مقصودة بالقبض التحقت بالموجود عند العقد في استحقاق المشترى صفة السلامة فيها وعند وجود العيب انما يرد المعيب خاصة بعد القبض وقد بينا هذا فيما سبق * قال وإذا اشترى أمتين بألف درهم قيمة احداهما خمسمائة وقيمة الأخرى ألف درهم فولدت كل واحدة منهما ولدا يساوي ألفا ثم أعورت التى كانت تساوى

ألفافاختار المشترى أخذذلك كله بالثمن فقبضهن جميعا ودفع الثمن ثم وجدبالعوراء عيباوقيمتها خمسمائة ردها بثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث لأن ولد كل واحـدة منهـما يتبعها فيما يخصها من الثمن والانقسام أولا على قيمة الامتين لانهما مقصودتان بالعقد وولد كل واحدة منهما زيادة فيها دون الاخرى فيقسم الثمن على قيمة الجاريتين وقت العقد وقيمة العوراء وقت العقد ألف درهم وقيمة الاخرى خمسمائة فكان ثلثا الثمن حصة العوراء ثم ينقسم حصتها من الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وذلك ألف فانقسم نصفان نصفه حصـة ولدها ونصفه حصة العوراء وذلك ثلث الالف فبذلك يردها بالعيب ولو وجـد العيب بالامة الاخرى ردها بمائة واحـد عشر درهما وتسع درهم لأن حصتها ثلث الثمن فانقسم ذلك على قيمتها وقت العـقد وهو خمسمائة وقيمة ولدها وقت القبض وهو ألف درهم فـيردها بذلك * قال واذا اشـترى شاة فولدت قبـل القبض فليس للمشترى أن يترك البيع لان الولادة زيادة في البهائم فلا يتمكن بها نقصان فى الاصل فالمشترى يجبر على قبضها لانه لما كان راضيا بلزوم العقد قبل حدوث الزيادة فهو راض بلزومه بعد حدوثها فان وجد بالام عيبا قبل القبض فهو بالخيار ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء تركهما جميعا وليس له أن يأخذاحداهما دون الأخرى لأن الزيادة قبل القبض تبع في العقد لاحصة لها من الثمن وثبوت الحكم فى التبع بثبوته في الاصل ولانه لو رد الاصل وحدها ردها بجميع الثمن اذ لا حصة للولد مالم يصر مقصودا بالقبض وبعـد ماردها بجميع الثمن لو بقي العقد فى الولد أخذه بغير شئ فيكون فضلا خاليا عن المقابلة مستحقا بالتبع مقبوضا به وهو الربا بعينه وان وجـد بالولد عيبافلا خيار له فيه وهما لا زمان له لان بوجود العيب يظهر فوات جزء من الولد ولو مات الولد قبـل القبض أخذ الام بجميع الثمن ولا خيار له فيها فكذلك اذا فات جزء من الولد وهـذا لان الزيادة لمـا فاتت من غير صنع أحد صارت كان لم تكن وقبل حدوثها كان العقد لازما له فى الاصل بجميع الثمن فكذلك بعد فواتها وهذا بخلاف ماذا وجد العيب بالولد بعد ماقبضهما لان الولد بالقبض صار مقصودا فصار له حصة من الثمن فباعتبار العوض بمقابلته يستحق المشترى صفة السلامة فيـه فاذا وجد المشترى به عيبا رده فاما قبل القبض فلاحصة له من الثمن واستحقاق صفة السلامة عن العيب باعتبار العوض ألا ترى انه لا يستحق ذلك في الموهوب وان كان البائع هو الذي

قتل الولد فقد صار الولد مقصودا باتلاف البائع اياه ولو صار مقصودا بقبض المشترى اياه كان له حصة من الثمن فكذلك اذا صار مقصودا باتلاف البائع وقد قررنا هذا في طرف المبيع انه اذا فات من غير صنع أحد لايسقط شيء من الثمن واذا أتلفه البائع يسقط حصته من الثمن فكذلك هذا فى الولد الذى هو تبع فيقسم الثمن على قيمة الام وقت البيع وعلى قيمة الولد يوم قتله البائع فما أصاب الولد بطل عن المشترى وأخذ الام بما بقى ولا خيار له فى ذلك عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله له الخيار وهذه هى الخلافية التى ذكرناها في الثمار وتنصيصه على الخلاف هنا يكون تنصيصا ثمة اذ لافرق بينهما قال واذا اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم واحدى عينيها بيضاء وقيمتها ألف درهم فولدت ولدا يساوى ألفا ثم ذهب البياض من عينها فصارت تساوي ألفين ثم ان البائع ضرب العين التى كانت فى الأصل صحيحة فابيضت ورجعت قيمتها الى ألف درهم وبياض العين ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى لوكانت العين الاولي بيضاء على حالها فانى لست ألتفت الى الزيادة لكى انظر كم كان ينقصها البياض لوكان بياض العين الاولى على حاله فاذا كان ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى وذلك ثمانمائة درهم فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بستة أعشار الثمن وان شاء تركها اما ثبوت الخيار فلانها تغيرت فى ضمان البائع بفعله ثم ذهاب البياض عن العين الاولي زيادة متصلة ولا معتبر بالزيادة المتصلة فى عقود المعاوضات لما بينا أن المعتبر فى الانقسام قيمتها وقت العقد فوجود هذه الزيادة كعدمها ولولم يذهب البياض عن عينها حتى ضرب البائع العين الصحيحة فابيضت فانه يتعبر فيه النقصان فيها لأنها عميت بفعله وذلك استهلاك حكما فيكون المعتبر فيه النقصان فلهذا قال ينظر الى ما نقصها القيمة الاولى ثم الثمن ينقسم على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وهما سواء فانقسم نصفان نصف الثمن حصة الولد ونصفه حصة الام فاذا كان النقصان أربعة أخماس القيمة الاولى سقط عن المشترى أربعة أخماس النصف وتبين أن جميع الثمن صار على عشرة أسهم نصفه وهو خمسة حصة الولد وسهم واحد حصة مابقى من الام فاذا قبضهما ثم وجد بالام عيبا ردها بحصتها من الثمن وهو سدس ما أخذهما به ولو وجد العيب بالولد رده بحصته وهو خمسه أسداس ما أخذهما به ولو لم يكن البائع ضرب العين الصحيحة ولكنه ضرب العين التى كان بها البياض بعد ما ذهب البياض فعاد الى الحالة الاولى فالمشترى بالخيار في

قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أخذها بثلثي الثمن وان شاء تركها ولان ذهاب البياض كان زيادة متصلة فقدانفصلت بفعل البائع فهي كزيادة متصلة أتلفها البائع بان ولدت ولداً آخر قيمته ألف فقتله البائع ولو كان كذلك لكان يقسم الثمن على قيمة الأم وقت العقد وقيمة الولد من حين يصير كل واحد منها مقصودا والقيمة سواء فيقسم الثلث أثلاثا وحصة ما أتلف البائع ثلث الثمن فيسقط ذلك عن المشتري ويتخير فيما بقي عندهما وعند أبي حنيفة لا خيار له بمنزلة الزيادة المنفصلة في البهائم اذا أتلفها البائع لان تلك الزيادة لا تمكن نقصانا في الاصل وهذه الزيادة مثل تلك فان كان أخذهما ثم وجد باحداهما عيبا رده بنصف ما أخذهما به لما بينا أن حصة كل واحد منهما ثلث الثمن وهذا بخلاف الاول وهو ما اذا كانت جناية البائع على العين الصحيحة لان الزيادة هناك لم تزايل البدن فلا معتبر بها وهنا الزيادة زايلت البدن بصنع البائع فوجب اعتبارها *قال واذا اشترى جارية بألف وقيمتها ألف واحدى عينيها بيضاء فذهب البياض فصارت تساوي ألفين ثم ان عبدا لاجنبي ضرب تلك العين فعاد بياضها ودفعه مولاه وقيمته خمسمائة درهم فأخذهما المشترى بجميع الثمن ثم انه وجد بالعبد عيبا فانه يرد بثلث الثمن لأن العبد المدفوع بالعين قائم مقامها وذهاب البياض عن تلك العين كان زيادة متصلة وقد انفصلت فيجعل كولد ولدته الجارية وانما ينقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض فكذلك يعتبر قيمة العبد المدفوع في الانقسام وقت القبض بحكم العقد لا وقت الدفع بالجناية لأن ذلك ليس من حكم العقد في شيء وقيمته وقت القبض خمسمائة فانقسم الثمن أثلاثا ثلثه بازاء العبد يرده بذلك ان وجد به عيبا وثلثاه بازاء الجارية ان وجد العيب بها يردها بذلك وان كان المشترى لم يقبض العبد حتى زاد في يد البائع فصار يساوي ألف درهم ثم قبضهما المشترى فوجد باحداهما عيبا رده بنصف الثمن لما بينا ان المعتبر قيمة العبد وقت القبض بحكم العقد وهي مساوية لقيمة الامة وقت العقد فانقسم الثمن عليهما نصفين *قال واذا اشترى جارية تساوي ألفا ففقأ البائع عينها ثم ولدت بعد الفقء ولدا يساوي ألفا أخذهما المشترى بنصف الثمن لأن البائع لما فقأ عينها فقد سقط عن المشترى نصف الثمن لأن العين من الآدمي نصفه ثم لما ولدت انقسم مابقي من الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فان كان الفقء بعد الولادة أخذها ان شاء بثلاثة أرباع الثمن لانها حين ولدت وهي صحيحة فقد انقسم جميع الثمن على قيمتها وقيمة الولد

بشرط بقاء الولد على هذه القيمة الى وقت القبض وقد بقى فظهر أن نصف الثمن كان بمقابلة الولد ونصفه حصة الام فلما فقأ البائع العين فانما يسقط نصف حصتها من الثمن وذلك ربع الثمن فاما إذا كان الفقء قبل الولادة فقد كان جميع الثمن فيها حين فقأ البائع عينها فلهذا يسقط نصف الثمن * قال ولا يشبه الرهن فى هذا البيع يعنى فى الرهن فى هذه الصورة لافرق بين الولادة قبل ذهاب العين وبين الولادة بعد ذهاب العين ويكون الساقط ربع الدين فى الموضعين جميعا وبالولادة بعد ذهاب العين هناك يعود بعض ما كان ساقطا وفى البيع لايعود والفرق بينهما أن سقوط الثمن بفقء البائع العين انما كان بطريق انفساخ العقد فيما أتلفه البائع والبيع بعد ما انفسخ لايعود بحدوث الزيادة وأما فى الرهن فسقوط الدين بطريق المرتهن صار مستوفيا والاستيفاء يقرر الدين ولا يسقطه فاذا حدثت الزيادة فقد حدثت فى حال قيام الدين كله لكونه منتهيا بالاستيفاء فلهذا يعود باعتبار أن الزيادة بعض ما كان ساقطا وتجعل الزيادة الحادثة بعد ذهاب العين كالزيادة قبل ذهاب العين ألا ترى انه لو اشترى شاة فماتت قبل القبض ثم دبغ البائع جلدها لايعود العقد فى حصة الجلد . ولو أن الشاة المرهونة ماتت وحكم بسقوط الدين ثم دبغ المرتهن جلدها عاد من الدين مايخص الجلد وكان الفرق ماذكرنا وتحقيقه من حيث المعنى أن الفسخ ضد ماهو مقصود بالعقد فانما يسقط بعض الثمن عن المشترى بما هو ضد المقصود بالعقد فلا يجعل العقد فيه كالقائم حكما وأما سقوط الدين بهلاك بعض المرهون فيحقق ماهو المقصود بالعقد لأن المقصود بعقد الرهن الاستيفاء أو انما يتم ذلك بهلاك الرهن فلهذا يجعل كأن العقد فى الكل قائم حكما حين حدثت الزيادة فيسقط نصف مايخص الأم وذلك ربع الدين ثم الرهن والبيع يفترقان من وجه آخر وهو أن فى البيع اذا ذهبت العين من غير صنع أحد لايسقط شىء من الثمن وفى الرهن بذهاب العين من غير صنع أحد يسقط نصف الدين لأن ضمان الرهن يثبت بالقبض والاوصاف تصير مضمونة بالقبض واذا فاتت من غير صنع أحد وذلك كاوصاف المغصوبة وفى البيع الضمان بالعقد فاذا فاتت من غير صنع أحد قلنا لايسقط شىء من الثمن بفواتها * قال واذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفا وهى بيضاء احدى العينين ففقأ البائع العين الباقية فصارت تساوى مائة درهم أخذها المشترى بمائة درهم ان شاء لان فعل البائع استهلاك لها حكما ويعتبر نقصان القيمة فيما يسقط من الثمن به فاذا لم يأخذها حتى ذهب

بياض عينها الاولى فصارت تساوي ألفا فالمشترى على خياره ان شاء أخذها بمائة درهم وان شاء تركها لان ذهاب البياض عن العين الاخرى زيادة متصلة ولا معتبر بها فى حكم البيع فان ضرب عبد هذه العين التى برئت فعاد بياضها فولى العبد بالخيار ان شاء دفعه بالجناية وان شاء فداه بأرش الجناية وهو ثمانمائة درهم فان دفعه وقيمته خمسمائة درهم أخذها المشترى بمائتى درهم لما بينا أن العقد انفسخ فى أربعة أخماسها بفقء البائع عينها وكما لا يعود شىء من ذلك بولد تلده فكذلك لا يعود بالعبد المدفوع بالجناية لأنه قائم مقام الزيادة المتصلة وقد صارت منفصلة فهو كولد ولدته فلهذا يأخذهما المشترى بمائتى درهم ان شاء فان قبضهما فوجد بالجارية عيباً ردها بسبعى الثمن الذى نقد وهو مائتا درهم وان وجد بالعبد عيبا رده بخمسة أسباعه لأن مابقى من الثمن وهو مائتا درهم انقسم على قيمة مابقي منها وذلك مائتان وعلى قيمة العبد وقت القبض وهو خمسمائة درهم فاذا جعلت كل مائة سهما كانت القسمة أسباعا خمسة أسباعه حصة العبد فيرده به وسبعاه حصة الجارية فيردها بذلك وانما اعتبرنا في الانقسام قيمة مابقى منها ولم نعتبر قيمتها وقت العقد لأن العقد قد انفسخ فى أربعة أخماسها وانما يعتبر فى الانقسام قيمة مابقى حكم العقد فيه لا قيمة ما انفسخ العقد فيه ولو كان البائع لم يفقأ عينها حتى ذهب بياض عينها فصارت تساوي ألف درهم ثم ان عبداً ضرب العين التى برئت فعاد بياضها ثم ان البائع فقأ العين الباقية فصارت تساوى مائتى درهم فولي العبد بالخيار ان شاء دفعه وان شاء فداه بألف درهم لأن الفداء يكون بارش الجناية وارش الجناية هنا ألف درهم فقد كانت قيمتها عند الجناية ألفى درهم فمات بذهاب العين نصفها وتراجعت قيمتها الى ألف درهم فان دفعه وقيمته خمسمائة أخذها المشتري ان شاء بخمسى الثمن وثلث خمس الثمن ويبطل عنه بفقء البائع عين الجارية خمسا الثمن وثلثا خمس الثمن لأن العبد مدفوع بما فوته من الزيادة المتصلة فهو بمنزلة ولد ولدته يساوى خمسمائة وعند ظهوره جميع العقد فيها قائم فانقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة العبد وقت القبض أثلاثا ثلثه بازاء العبد وثلثاه بازاء الجارية ثم بفقء البائع عينها سقط أربعة أخماس مافيها وبقى الخمس فاذا أردت تصحيح ذلك فالسبيل أن تضرب ثلاثة في خمسة فتكون خمسة عشر حصة الام من ذلك عشرة والساقط ثمانية من هذه العشرة وثمانية من خمسة عشر خمساه وثلثا خمسه لان كل خمس ثلاثة فخمساه ستة وثلثا خمسه سهمان

فيسقط ذلك عن المشتري ويأخذهما بما بقى وهو سبعة من خمسة عشر وذلك خمساه وثلث خمسه والله أعلم

باب قبض المشتري باذن البائع أو بغير اذنه

قال واذا اشتري الرجل من الرجل عبدا بألف درهم حالة فليس للمشتري أن يقبض العبد حتى يعطى الثمن عندنا وهو أحد أقاويل الشافعي وقال فى قول على البائع تسليم المبيع أولا لأن ملك المشترى ثبت بالعقد فى العين وملك البائع دينا فى ذمة المشترى والملك فى العين أقوى ووجوب التسليم بحكم الملك وفى قول آخر يسلم كل واحد منهما بيد ويقبض بيد لأن قبضه لمعاوضة التسوية فكما اقترن ثبوت الملك لاحدهما بثبوت الملك للاخر فكذلك القبض كما فى بيع المقابضة ولكنا نقول قصة المعاوضة التسوية وقد عين البائع حق المشترى فى المبيع فعلى البائع أن يعين حق البائع فى الثمن ولا يتعين الثمن الا بالقبض فلهذا كان أول التسليمين على المشتري بخلاف بيع المقابضة فهناك حق كل واحد منهما متعين وهذا هو الجواب عن قوله ان ملك المشترى أقوى فانا انما نوجب عليه تسليم الثمن أولا لهذا المعنى وهو أنه لما يقوى ملكه فى المبيع فعليه أن يسوى جانب البائع في ملك الثمن بجانب نفسه ولا يكون ذلك إلا بالتسليم وكذلك نقده الثمن الا درهما لأن سقوط حق البائع فى الجنس متعلق بوصول الثمن اليه فما لم يصل اليه جميع الثمن لا يتم الشرط ويبقى حق البائع في الحبس الا أن يكون الثمن مؤجلا فحينئذ ليس للبائع أن يحبس المبيع قبل حلول الاجل ولا بعده لأن قبل حلول الأجل ليس له أن يطالب بالثمن وانما يحبس المبيع بما له أن يطالبه من الثمن وأما بعد حلول الأجل فلان حق الحبس لم يثبت له بأصل العقد فلا يثبت بعد ذلك تبعا بهذا الحق ما كان له من استحقاق اليد قبل البيع فاذا لم يبق ذلك بعد العقد لا يثبت ابتداء بحلول الاجل وذكر هاشم عن محمد رحمهما الله فى نوادره أنه اذا أجله فى الثمن شهرا ثم لم يسلم البائع المبيع الى المشتري حتى مضى شهر فعلى قول أبى حنيفة ان كان الأجل شهرا بعينه فيمضيه يحل الثمن وان كان شهرا بغير عينه فعلى البائع أن يسلم المبيع وليس له أن يطالب بالثمن حتى يمضى شهر بعد التسليم وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يطالب بالثمن فى الوجهين جميعاً لان مطلق الشهر فى الأجل ينصرف الى الشهر

الذى يعقب العقد عيناه أو لم يعيناه كما في الاجارات والأيمان هـذا هو القياس الظاهر وما ذهب اليـه أبو حنيفة نوع استحسان بناء على مقصودهما فا قصود أن يتصرف المشترى فى المبيع فى الشهر ويؤدى الثمن عند مضيه ويستفضل لنفسه ولا يحصل هـذا المقصود اذا لم يسلم المبيع اليه فلهذا قال فى الشهر المطلق يكون ابتداؤه من حين يسلم اليه المبيع فان نقد المشترى الثمن وهو حال ولم يقبض المبيع حتى وجد البائع الدراهم زيوفا أو نبهرجة أو ستوقا أو رصاصاً أو استحقت من يده فللبائع ان يمنع المشترى من قبض العبد حتى يعطيـه الثمن مثل شرطه لأن الرد بهـذه الأسباب ينقض القبض من الاصل فيلتحق بما لم ينقد الثمن وكذلك لو وجد بعض الثمن بهذه الصفة وان كان ذلك درهما واحدا لأن القبض قد انتقض فى ذلك المردود فكأنه لم يقبض ذلك القدر وان كان المشترى قبض العبد من البائع باذنه ثم ان البائع وجد الثمن أو بعضه على ما وصفنا فان كان الذى وجد ستوقا أو رصاصا كان له أن يأخذ العبد حتى يدفع اليـه المشترى مكان الذى وجد من ذلك جيادا على ما شرطه لأن المقبوض ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم لم يجز وانما لم يسلم البائع المبيع اليه على أن المقبوض ثمن فاذا تبين انه لم يكن ثمنا لم يكن هو راضيا بالتسليم فكان المشتري قبضه بغير اذنه وكذلك ان استحق المقبوض من يده لان المستحق وان كان من جنس الدراهم ولـكن البائع انما رضى بالتسليم بشرط ان يسلم له المقبوض فاذا لم يسلم كان هو على حقه في الحبس وان كان وجد الثمن أو بعضه زيوفا أو نبهرجة استبدلها من المشترى لأن المستحق له بمطلق التسمية الدراهم الجياد فان المعاملات عرفا بين الناس بالجياد وبمطلق عقد المعاوضة تستحق صفة السلامة عن العيب والزيافة عيب فى الدراهم فكان له أن يستبدل الزيوف بالجياد وليس له أن يسترد العبد فيحبسه بالثمن عندنا * وقال زفر له ذلك وهو رواية عن أبي يوسف لانه انما سلم المبيع على ان المقبوض من الثمن حقه وقد تبين انه لم يكن حقا له لان حقه فى الجياد والمقبوض زيوف والثمن دين فى الذمة فيختلف باختلاف الاوصاف واذا لم يكن المقبوض حقه لم يتم رضاه بالتسليم فهو والستوق سواء . يوضحه ان الرد بالعيب الزيافة ينقض القبض من الاصـل ولهذا ينفرد به الراد ويرجع بموجب العقد لا بموجب تسليم الثمن مرتين فلا يتمكن من الرجوع بموجب العقد مالم ينتقض القبض من الأصل واذا انتقض عاد حقه في المجاس كما كان قبل استيفاء الثمن . وجه قولنا أنه سلم المبيع قبل قبض الثمن فصح

تسليمه وبعد صحة التسليم لا يعود حق البائع في الحبس لان من ضرورة صحة التسليم سقوط حقه فى الحبس والمسقط يكون متلاشيا لا يتصور عوده لهذا قلنا لو أعار المبيع من المشتري أوأودعه منه سقط حقه فى الحبس وكذلك لو أجله فى الثمن سقط حقه فى الحبس ثم لا يعود بحلول الاجل وبيان لوصف أن الزيوف والنبهرجة من جنس الدراهم الا ان بها عيبا والعيب بالشيء لا يبدل جنسه ولهذا لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز وكان مستوفيا لا مستبدلا فكان البائع بقبضها قابضا للثمن وتسليم المبيع بعد قبض الثمن صحيح ثم بالرد ينتقض قبضه من الاصل كما قال ولكن فى الحكم الذي يحتمل النقض بعد الثبوت دون مالا يحتمل ذلك ألا ترى أن المولى اذا قبض بدل الكتابة فوجده زيوفا فرده لا يبطل العتق وكذلك لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فاستوفي حقه ثم وجد المقبوض زيوفا فرده لا يبطل به حكم البر فى اليمين فقد بينا ان حق البائع فى الحبس بعد ما سقط لا يتصور عوده فلا يعود بانتقاض القبض بالرد أيضا بخلاف الستوق والرصاص فهناك يتبين انه لم يقبض الثمن وان تسليمه لم يكن صحيحا وبخلاف المستحق لان قبض المستحق موقوف على اجازة المستحق فالتسليم الذي ينبنى عليه يكون موقوفا أيضا ولا يكون صحيحا مطلقا وان لم يرجع البائع من المشترى العبد ولم يجد فى الثمن شيئا مما ذكرنا حتى باع المشترى العبد أو وهبه وسلمه أو رهنه وسلمه أو أجره ثم وجد البائع فى الثمن بعض ماذكرنا فجميع ماصنع المشترى فى العبد جائز لا يقدر البائع على رده ولا سبيل له على العبد لان المشترى تصرف فيه بعد القبض وانما تصرف فيه بتسليط البائع فالبيع والتسليم تسليط له على التصرف ألا ترى ان في البيع الفاسد لا يتمكن البائع من نقض تصرفه فلما حصل بتسليط صحيح كان أولى ولو كان المشترى قبض العبد بغير اذنه ثم صنع فيه بعض ماذكرنا ثم وجد البائع بعض الثمن على ماذكرنا كان له أن ينقض جميع ما صنع المشترى فيه ويسترده حتى يوفيه المشترى الثمن لان تصرف المشترى حصل لا بتسليط من البائع فالقبض منه كان بغير اذن وذلك لا يسقط حق البائع فى الحبس ولما ظهر ان الثمن كان على ماوصفنا فقد ظهر أن حق البائع باق في الحبس لم يسقط حكما بوصول حقه ولا أسقطه باختياره بتسليم المبيع الى المشترى فكان له أن ينقض جميع ماتصرف فيه المشترى اذا كان محتملا للقبض بان كان البائع لما علم بقبض المشترى العبد سلم ذلك ورضى به والمسئلة على حالها كان هذا مثل اذنه له في القبض لأنه أجاز قبضه فى الانتهاء وتأثير اجازته

فى اسقاط حقه كتأثير اذنه فى الابتداء * قال ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فرهنه بها عبدا يساوى ألفا فقبضه المرتهن ثم قضاه لراهن دراهمه ولم يقبض الرهن حتى وجد المرتهن الدراهم أو بعضها زيوفاً أو نبهرجة أو ستوقا أو رصاصا أو استحقت من يده فاعلم أن الجواب في الرهن فى جميع ما ذكرنا كالجواب فى البيع لان المرهون محبوس بالدين كما أن المبيع محبوس بالثمن الا فى خصلة واحدة وهى ما اذا وجد المرتهن المقبوض زيوفاً فرده وقد كان الراهن قبض الرهن باذنه فللمرتهن أن يسترده ويحبسه بالدين بخلاف البيع وزفر يستدل فى الخلافية به والفرق أن تسليم المرتهن العين الى الراهن ليس بمسقط حقه فى الحبس وان كان صحيحا فى نفسه ألا ترى أنه لو سلم المرهون الى الراهن على طريق العارية أو الوديعة كان له أن يسترده ،كذلك اذا سلمه بعد قبض الزيوف فانما المسقط لحقه كمال وصول حقه اليه ولم يوجد بخلاف المبيع فالتسليم الصحيح من البائع مسقط حقه فى الحبس وهذا لان الثابت للمرتهن بعقد الرهن يد الاستيفاء فيبقى حقه ما لم يستوف حقه وقد تبين أنه لم يستوف حقه ألا ترى أن مع التأجيل فى الدين يكون له أن يحبس الرهن فأما فى البيع فحق الحبس للبائع باعتبار توجه المطالبة له بالثمن حتى لو أجله فى الثمن لم يبق حقه فى الحبس وبعد قبض الزيوف ليس له حق المطالبة بالثمن مالم يرد المقبوض فلهذا سقط حقه فى الحبس اذا سلم المبيع قبل أن يرد المقبوض ، قال واذا شترى الرجل من الرجل عبدا بألف درهم فلم يقبضه حتى وكل رجلا يقبضه فقبضه الوكيل بغير أمر البائع ولم ينقد البائع الثمن فهلك العبد في يد الوكيل فللبائع أن يضمن الوكيل قيمة العبد فيكون فى يده حتى يعطيه المشترى الثمن لان بالبيع المبيع صار مملوكا للمشترى ولكنه محبوس في يد البائع مالم يصل اليه الثمن فقبض الوكيل فى حق البائع جناية بمنزلة الغصب ولو غصبه منه غاصب فهلك فى يده كان للبائع أن يضمنه القيمة وهذا نظير المرهون اذا قبضه وكيل الراهن بغير رضا المرتهن فهلك في يده يكون ضامنا حقا للمرتهن وهذا بخلاف مالو كان المشترى قبضه بنفسه فهلك عنده فانه لا يكون ضامنا للقيمة لان قبض المشترى يقرر عليه ضمان الثمن فلا يوجب عليه ضمان القيمة اذ لا يجوز أن يجتمع الضمانان على واحد بسبب قبض واحد فاما قبض الوكيل فلا يوجب عليه ضمان الثمن فيكون موجبا ضمان القيمة لحق البائع ثم استرداد البائع القيمة منه كاسترداد العبد لو كان باقيا اذ القيمة تقوم مقام العين وانما سميت قيمة لقيامها مقام العين

فاذا أعطاه الثمن رجعت القيمة الى الوكيل لان الوكيل فى حق المشترى كان أمينا ممتثلا لامره وانما كان ضمان القيمة عليه لحق البائع فاذا سقط حقه رجعت القيمة الى الوكيل كما لو أوفى المشترى الثمن قبل أن يضمن البائع الوكيل ولو نويت القيمة عند البائع سقط الثمن عن المشترى لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين فهلك عنده انفسخ البيع وسقط الثمن فكذلك اذا استرد القيمة ثم يتبع الوكيل المشترى فى القيمة لانه فى القبض كان عاملا له بأمره وقد لحقه فيه ضمان فيرجع به عليه ولو كان المشترى أعتق المبيع قبل القبض لم يكن عليه ضمان القيمة لان اعتاقه اياه بمنزلة القبض ولو قبضه فهلك فى يده لم يكن عليه ضمان القيمة فكذلك اذا أعتقه ولو كان الوكيل هو الذى قبض العبد باذن المشترى ثم أعتقه المشترى فهذا وموت العبد فى يد الوكيل سواء فى حق البائع لانه تعذر عليه استرداده بهذا السبب فهو كتعذر الاسترداد بالموت فى يده وهذا لان أمر المشترى الوكيل بالقبض غير معتبر فى حقه لانه لا يملك قبضه بنفسه لحق البائع فى الحبس فكذلك لا يملك أن يأمر غيره به قال ولو أن المشترى أمر رجلا بعتق العبد وهو فى يد البائع فاعتقه المأمور ففى قول أبى يوسف الاول هذا وأمره بالقبض سواء فى جميع ما ذكرنا من التفريع لان اعتاق المبيع بمنزلة القبض فكذلك اذا وكل الغير به فهو والوكيل بالقبض سواء ألا ترى ان المشترى لو باشره بنفسه كان ذلك بمنزلة قبضه فكذلك اذا وكل الغير به فهو والوكيل بالقبض سواء ثم رجع وقال لا ضمان على الوكيل فى هذا الفصل ولكن يرجع البائع على المشترى بالثمن وهو قول محمد وهو رواية عن أبى حنيفة ووجه ذلك ان الوكيل بالاعتاق معبر عن المشترى فيكون ذلك كاعتاق المشترى بنفسه وذلك يقرر عليه الثمن فلا يوجب ضمان القيمة كما لو أعتقه بنفسه وتقرير هذا انه بكلمة الاعتاق إذا جعله مقصورا عليه لا يحصل به الاتلاف ولا يبطل به حق البائع وانما يحصل به الاتلاف اذا انتقلت عبارته الى المشترى ألا ترى أنه لو اعتقه بغير اذن المشترى كان اعتاقه باطلا ولا يجب على المعتق له ضمان واذا نقلنا عبارته الى المشترى كان هذا مقررا للثمن عليه فلا يكون موجبا ضمان القيمة فاما القبض ففعل محسوس يوجب الحكم على القابض اذا جعل مقصورا عليه ألا ترى انه لو قبضه بغير اذن المشترى كان موجبا عليه ضمانه فكذلك اذا قبضه باذنه لانه لا معتبر باذنه فى حق البائع واذا اقتصر حكم القبض على القابض فى حق البائع كان هو ضامنا للقيمة ولو

اعتق المشترى المبيع قبل القبض وهو معسر فليس البائع أن يستسعى العبد فى شيء رجع أبو يوسف عن هذا وقال له أن يستسعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الثمن وذكر هذا القول فى نوادر هشام وجعله قياس المرهون اذا أعتقه الراهن وهو معسر ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن بعقد الرهن يثبت للمرتهن حق الاستيفاء من مالية الرهن وتلك المالية احتبست عند العبد باعتاق الراهن اياه فكان له أن يستسعى العبد اذا تعذر عليه الوصول الى حقه لعسرة الراهن فاما البائع فما كان له حق استيفاء الثمن من مالية المبيع ولكن كان له ملك العين واليد فازال ملك العين بالبيع وبقى له اليد الى أن يصل اليه الثمن وباعتاق المشترى العبد فات محله ومجرد اليد ليس يقوم على العبد فلا يستسعيه لاجل ذلك . يوضحه ان حق البائع فى الحبس ضعيف ولهذا يسقط باعارة المبيع من المشترى بخلاف حق المرتهن ثم يعود تصرف المشترى بتسليط البائع اياه على ذلك فيمتنع هذا التسليط بثبوت حقه في استسعاء العبد بخلاف تصرف الراهن فى المرهون فان لم يعتقه المشتري ولكنه أفلس بالثمن فان لم يكن البائع سلم المبيع اليه فله ان يحبسه الى أن يستوفى الثمن وان كان سلم المبيع اليه فله أن يسترده ولكنه أسوة غرماء المشتري فيه وليس له أن يفسخ البيع عندنا وقال الشافعى اذا أفلس المشترى بالثمن فللبائع أن يفسخ البيع وهو أحق بالمبيع ان كان سلمه بفسخ العقد ويعيده الى ملكه ويؤيده حديث أبى هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس بالثمن فوجد رجل متاعه عنده بعينه فهو أحق به والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فمطلقه يقتضى التسوية بين المتعاقدين ثم لو تعذر على المشترى قبض المبيع بالاباق ثبت للمشتري حق الفسخ فكذلك اذا تعذر على البائع قبض الثمن لافلاس المشترى وكما أن المالية فى الآبق كالتاوى حكما فكذلك الدين فى ذمة المفلس بمنزلة التاوى حكما لاستبداد طريق لوصول اليه ولا فرق بين المبيع والثمن الا من حيث ان الثمن دين والمبيع عين وكما ان تعذر القبض فى العين يثبت حق الحبس فكذلك تعذر القبض فى الدين ألا ترى أن المسلم فيه دين فاذا تعذر قبضه بانقطاعه من أيدي الناس يثبت لرب السلم حق الفسخ فكذلك الثمن ولا فرق بينهما سوي ان الثمن معقود والمسلم به والمسلم فيه معقود عليه ولكن حق الفسخ يثبت بتعذر قبض المعقود به كما ثبت بتعذر قبض المعقود عليه ألا ترى ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة تمكن المولى من فسخ العقد وبدل الكتابة معقود به كالثمن والدليل عليه

أن هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك المبيع ان من اشترى بفلوس شيئا فكسدت قبل القبض بطل العقد لان الثمن فلوس رائجة فاذا كسدت الفلوس فقد هلك الثمن وما ينقص العقد بهلاك اذا تعذر قبضه ثبت للعاقد حق الفسخ كالمبيع . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة والمشترى حين أفلس بالثمن قد استحق النظرة شرعا ولو أجله البائع لم يكن له أن يفسخ العقد قبل مضى الأجل فاذا صار منظرا بانظار الله تعالى أولى أن يتمكن البائع من فسخ العقد وأما الحديث الذى استدلوا به فقد ذكر الخصاص باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو فى ماله بين غرمائه أو قال فهو اسوة غرمائه فيه وتأويل الرواية الاخرى ان المشترى كان قد قبضه بغير اذن البائع أو مع شرط الخيار للبائع وبه نقول ان فى هذا الموضع للبائع حق الاسترداد والمعنى فيه ان لم يتعين على البائع شرط عقده فلا يتمكن من فسخ العقد كما لو كان المشترى مليا وبيان ذلك ان موجب العقد ملك اليمين فان اليمين يجب بالعقد ويملك به وانما يملك بالعقد دينا فى الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس على ما كانت عليه قبل الافلاس محل صالح لوجوب الدين عليه فاما حق الاستيفاء فثابت للبائع بسبب ملكه لا بحكم العقد ألا ترى انه يجوز اسقاطه بالابراء وبالاستبدال وقبض البدل اذا صار مستحقا بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاستبدال وقبض البدل إذا صار مستحقا بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاستبدال كما فى البيع عينا كان أو دينا فعرفنا ان حق قبض الثمن له بحكم الملك لا ان يكون موجب العقد فبتعذره لا يتغير شرط العقد والدليل على هذا أن قدرة المشتري على تسليم الثمن عند العقد ليس بشرط لجواز العقد فلو كان تسليم الثمن يستحق بالعقد لكانت القدرة على تسليمه شرطا لجواز العقد كما فى جانب المبيع فانه اذا كان عينا لا يجوز العقد إلا ان يكون مقدور التسليم للبائع وان كان دينا كالتسليم لا يجوز العقد الا على وجه تثبت القدرة على التسليم به للعاقد وهو الاجل ولما جاز الشراء بالدرهم حالا وان لم يكن فى ملكه عرفنا ان وجوب تسليم الثمن ليس من حكم العقد وبهذا الحرف يستدل فى المسئلة ابتداء فان العجز عن تسليم الثمن اذا طرأ بالافلاس لا يكون أقوى من العجز عن تسليم الثمن اذا اقترن بالعقد والمفلس اذا اشترى شيئا والبائع يعلم انه مفلس صح العقد ولزم فبالافلاس الطارئ لأن لا ترتفع صفة اللزوم أولى بخلاف جانب المبيع فهناك ابتداء العقد مع العجز عن التسليم لاباق العبد لا يجوز فان رضى به المشترى فكذلك

اذا طرأ العجز فانه يثبت للمشترى حق الفسخ فان قيل كيف يستقيم هذا وقد قلتم ان أول التسليمين على المشترى فلو لم يكن تسليم الثمن مستحقا بالعقد لم يتأخر حقه في قبض المبيع الا ان يؤدى الثمن قلنا وجوب أول التسليمين عليه لتحقيق معنى التسوية بينهما لأن ذلك موجب العقد على ماقررنا ان العقد عقد تمليك فيقتضى التسوية بين المتعاقدين فى الملك وقد حصل الملك لكل واحد منهما بالعقد الا ان الملك فى العين أكمل منه في الدين فعلى المشتري تسليم الثمن أولا ليتقوى به ملك البائع فكان ذلك من حكم الملك لا ان يكون موجب العقد ولئن سلمنا انه من حكم العقد لانتضى التسوية ولكن هذا المعنى قد انعدم بتسليم البائع المابيع طوعا فهو كما لو انعدم بالتأجيل فى الثمن فلا يبقي له بعد ذلك حق فسخ البيع وان تعذر عليه استيفاء الثمن لافلاس المشترى وهذا بخلاف الفلوس اذا كسدت لانه تغير هناك موجب العقد فيتغير فموجب العقد ملك فلوس هى ثمن وبعد الكساد لايبقي له في ذمة المشترى فلوس بهذه الصفة فاما بعد افلاس المشترى فيبقى الثمن فى ذمته مملوكا للبائع كما استحقه بالعقد وهذا بخلاف الكتابة لان هناك يعجز المكاتب بغير موجب العقد فموجب ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الاجل ولا يملكه إلا بالقبض لأن المكاتب عبد له والمولى لا يستوجب ديناً في ذمة عبده ولهذا لو كفل له انسان ببدل الكتابة عن المكاتب لم تصح الكفالة وللمكاتب أن يعجز نفسه فاذا لم يكن له ذلك دينا حقيقة قلنا الملك للمولى انما يثبت بالقبض واذا عجز المكاتب عن الاداء فقد تغير ماهو موجب العقد عليه فلهذا يمكن من فسخ العقد وهنا بافلاس المشترى لايتغير ملك البائع فى الثمن فانه مملوك دينا في ذمة المشترى ولسنا نسلم أن الدين فى ذمة المفلس ثاو فان المديون اذا كان مقرا بالدين فهو قائم حقيقة وحكما مفلسا كان أو مليا ولهذا قال أبو حنيفة يجب على صاحب الدين الزكاة بمعنى اذا قبضه فاذا لم يتغير موجب العقد لايتمكن من فسخ العقد والله أعلم

﴿ تم الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر ﴾

﴿ وأوله كتاب الصرف ﴾

﴿ فهرست الجزء الثالث عشر من كتاب المبسوط ﴾

للامام السرخسى الحنفى رحمه الله

صحيفة

﴿ تمت الفهرست ﴾